Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen ...

Rudolf von Jhering

7600
.5

Library of

Princeton University.
Presented by
William H. Buckler

Digitized by Google

Digitized by Google

Iherings Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

In Verbindung mit

Dr. Joseph Unger,
Präsidenten des Reichsgerichts in Wien

Dr. Otto Gierke,
Geh. Justizrath u. Professor in Berlin

Dr. Emil Strohal,
Professor in Leipzig

Dr. Otto Fischer,
Professor in Breslau

herausgegeben

von

Dr. Ferdinand Regelsberger und Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.

Sechsunddreißigster Band.
Neue Folge XXIV. Band.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1896.

Digitized by Google

Inhalt.

	Seite
I. Stellvertretung und Vollmacht. Von Otto Lenel	1
II. Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis. Von Otto Lenel	127
III. Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts. Von Lippmann	145
III. Zur Lehre von der Uebertragung des Nießbrauches. Von Berthold Haase	249
IV. Nochmals die actio de in rem verso utilis. Von Schloßmann	316
V. Zur Lehre von der Schuldübernahme. Von Kipp	336
VI. Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongreß für internationales Privatrecht. Von Franz Kahn	366
VII. Zur Lehre von den Sammelgeschäften. Von Hermann Isay	409

(RECAP)

7600
.5
Bd.36

515100

Digitized by Google

I.

Stellvertretung und Vollmacht.

Von **Otto Lenel.**

I. Handeln in fremdem Namen und Vollmacht.

Setzt die direkte Stellvertretung auf Seiten des Vertreters durchweg Handeln in fremdem Namen und, wo sie nicht kraft Gesetzes oder Amtes stattfindet, Vollmacht voraus? Dürfte man die allgemeinen Darstellungen der Stellvertretungslehre, wie sie sich da und dort in Lehrbüchern finden, für erschöpfend halten, so wäre die Frage unbedingt zu bejahen. Und dieser Meinung sind vielleicht auch die Verfasser des Entwurfs unseres bürgerlichen Gesetzbuchs gewesen, als sie — rev. Entw. (E²) § 134 — die Sätze aufstellten:

> Eine Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. . . .
>
> Ist der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervorgetreten, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Indes zwingen die mitgetheilten Worte an sich durchaus nicht zu der Folgerung, daß nun umgekehrt die nicht in fremdem Namen abgegebene Willenserklärung des Vertreters niemals unmittelbare Wirkung für den Prinzipal haben könne; und wenn man sieht, wie z. B. das bei der Gestaltung des Entwurfs so einflußreiche Lehrbuch Windscheid's, das im

allgemeinen Theil das Prinzip der direkten Stellvertretung ganz ähnlich dem Entwurfe formulirt [1]), im besonderen Theil bei der Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter (§ 155) die Erfordernisse des Handelns in fremdem Namen und der Vollmacht fallen läßt und dafür den bloßen „Willen des Inhabers der thatsächlichen Gewalt, die Sache für den Andern zu haben" (also keine Willenserklärung dieses Inhalts) und andererseits den bloßen Willen des Prinzipals, die Sache für sich zu haben, substituirt, so wird man wenig geneigt sein, hier das argumentum e contrario gelten zu lassen.

In der That würde dies argumentum e contrario zu Ergebnissen führen, die nicht nur der herrschenden Theorie und Praxis, sondern auch jeglicher Billigkeit widersprächen, und gewiß ist es nur in der Ordnung, wenn neuere Lehrbücher auch schon in ihren allgemeinen Theilen erkennen lassen, daß direkte Stellvertretung und Handeln in fremdem Namen keine untrennbaren Korrelate sind. So bezeichnet z. B. Wendt (§ 47, 48) das Handeln in fremdem Namen nur als regelmäßige Voraussetzung direkter Stellvertretung, eine Regel, deren Bedeutung sich im Wesentlichen auf die obligatorischen Verträge beschränke, deren Anwendbarkeit auf Besitz- und Eigenthumserwerb dagegen ausdrücklich verneint wird. Und bei Hölder (§ 57) finden wir bereits den Versuch einer prinzipiellen Grenzziehung zwischen den Handlungen, die vertretungsweise nur mittels Handelns in fremdem Namen oder, wie Hölder es ausdrückt, unter „Bezeichnung der Handlung

1) § 73: „Sobald Jemand seinen Willen erklärt mit der hinzugefügten (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Erklärung, daß er im Namen eines Andern handele, hat seine Willenserklärung, vorausgesetzt, daß er die Grenzen seiner Vertretungsbefugniß nicht überschritten hat, für ihn gar keine Wirkung, für denjenigen aber, für welchen er handelt, die gleiche, als hätte dieser selbst gehandelt."

Digitized by Google

als einer in fremdem Namen erfolgenden" vorgenommen werden können, und denen, bei denen dies nicht der Fall ist. Er unterscheidet (§ 41) innerhalb des Begriffs der „Willensäußerung" — dies ist die gemeinhin sog. Willenserklärung — die Willenserklärung, die den bestimmten Willen als solchen bezeichnet, und die reale Willensäußerung, die nichts ist als eine „der Verwirklichung des gewollten Erfolges dienende Handlung". Nur für die Stellvertretung bei jener, nicht bei dieser, fordert er die „Bezeichnung der Handlung als einer in fremdem Namen erfolgenden", und auch bei der Willenserklärung läßt er das Erforderniß wegfallen, wenn diese Eigenschaft der Handlung für denjenigen, dem die Erklärung gelte, gleichgültig sei.

Sicherlich kommen diese Sätze Hölder's der Wahrheit sehr nahe. Unabhängig von ihm bin ich seit Jahren zu ganz ähnlichen Ergebnissen gelangt. Diese werde ich im Folgenden zunächst der Beurtheilung unterbreiten. Es soll uns aber damit nur der Weg zu einer anderweiten Untersuchung gebahnt werden. Auch Wendt und Hölder nämlich, die das Handeln in fremdem Namen als allgemeines Erforderniß direkter Stellvertretung nicht gelten lassen, halten daran fest, daß, abgesehen von den Fällen gesetzlicher oder amtlicher Vertretungsbefugniß, die vom Prinzipal ertheilte Vollmacht ein solches sei. Man kann nun den Begriff der Vollmacht natürlich in einer solchen Weite und Unbestimmtheit fassen, daß hiergegen nichts einzuwenden bleibt. Ich glaube aber nachweisen zu können, daß sich die Vollmacht zu derjenigen Stellvertretung, die sich mittels Handelns in fremdem Namen vollzieht, in ihrem Zweck und in ihrem Recht ganz wesentlich von der Ermächtigung zu anderweiter Stellvertretung unterscheidet, und bin der Meinung, daß es sich terminologisch empfiehlt, die Bezeichnung „Vollmacht" nur für

Digitized by Google

die Vollmacht zum Handeln in fremdem Namen zu verwenden. Die Nothwendigkeit jener Unterscheidung darzuthun und im Anschluß daran das Wesen dieser Vollmacht im engeren Sinne klarzustellen, ist das eigentliche Ziel der folgenden Erörterungen.

Handeln in fremdem Namen setzt einen Menschen, dem die Erklärung gilt, der über die beabsichtigte Wirkung unterrichtet werden soll, oder eine Mehrzahl solcher als Adressaten der Handlung voraus [1]). Daraus ergiebt sich, daß Handeln in fremdem Namen zur Stellvertretung jedenfalls nicht bei solchen rechtsgeschäftlichen Handlungen erforderlich sein kann, die in ihrer wesentlichen Richtung — d. h. in Richtung auf die, denen gegenüber sie wirken sollen — gar nicht auf Kenntnißnahme berechnet sind, Handlungen, deren rechtliche Wirksamkeit vielmehr darauf beruht, daß ein bestimmter Wille des Handelnden sich nur überhaupt erkennbar objektivirt hat. Ich würde vorschlagen, die Handlungen dieser Art — die „realen Willensäußerungen" Hölder's — kurzweg „Willensbethätigungen" zu nennen, im Gegensatz zu den Willenserklärungen i. e. S. als denjenigen Handlungen, die den rechtsgeschäftlichen Willen dem Einzelnen oder dem engeren oder weiteren Kreis von Menschen, denen gegenüber er wirksam werden soll, erkennbar machen wollen.

Zu den bloßen Willensbethätigungen ist vor allem die Besitzergreifung sowohl bei Occupation als bei Tradition zu rechnen; der Besitzerwerb durch Stellverteter fordert denn auch nach der herrschenden Meinung kein Handeln des Vertreters

1) Ich denke dabei zwar vorzugsweise, aber doch nicht allein an die sog. „empfangsbedürftigen" Willenserklärungen. Auch das Testament z. B., das sicherlich nicht empfangsbedürftig ist, will Menschen von seinem Inhalt unterrichten und könnte an sich, wenn nicht positives Recht entgegenstünde, sehr wohl in fremdem Namen errichtet werden.

Digitized by Google

in fremdem Namen; seine wirklichen Erfordernisse werden im zweiten Abschnitt dieser Beiträge besprochen werden.

Es gehören aber noch mancherlei andere Rechtsgeschäfte hierher. So beispielsweise die Dereliktion: ich kann einen Andern ermächtigen, unter gewissen Voraussetzungen eine mir gehörige Sache zu derelinquiren; thut er es, so handelt er als mein Stellvertreter; Niemand aber wird hier Handeln in fremdem Namen verlangen. Ferner die Spezifikation. Weiter die sog. stillschweigende Annahme einer Offerte durch die That[1]): schickt ein Kaufmann einem anderen antragsweise Waaren zu mit der Aufforderung, im Annahmefall darüber ohne weiteres zu verfügen, oder bestellt ein Kaufmann bei einem anderen Waaren mit der Aufforderung, im Annahmefall die Waaren sogleich an die Adresse eines Dritten zu senden, so kann sicherlich der Prokurist des Oblaten die Handlungen, in denen die Annahme liegen soll, vornehmen, ohne dem Offerenten gegenüber irgendwie als Stellvertreter hervorzutreten. Desgleichen die pro herede gestio: sie ist als solche, d. h. als Aeußerung des Erbschaftserwerbswillens, bloße Willensbethätigung, selbst dann, wenn sie in Gestalt von Willenserklärungen Dritten gegenüber erfolgt, und kann nach heutigem Recht, so gut wie die ausdrückliche Erbantretung, durch Vertreter stattfinden[2]), ohne daß aber bei ihr, wie bei dieser, Handeln des Vertreters im Namen des Delaten erfordert wäre[3]).

---

1) Hölder, Pand. § 41 Anm. 1.

2) Ich habe hier natürlich nicht den Fall im Auge, wo Jemand den selbstgefaßten Entschluß zur pro herede gestio durch einen Anderen ausführen läßt — hier würde dieser, auch wenn die p. h. g. in der Vornahme eines Rechtsgeschäfts bestünde, doch in Bezug auf die p. h. g. bloßer Gehülfe sein — sondern den, wo der Delat dem Vertreter auch den Entschluß über Erwerb oder Nichterwerb der Erbschaft selbst überlassen hat.

3) So kann z. B. gewiß eine p. h. g. dadurch stattfinden, daß der Vertreter ein zur Erbschaft gehöriges Gebäude niederreißen läßt oder Erb-

Digitized by Google

Beſchränkt ſich das Erforderniß des Handelns in fremdem Namen auf die Stellvertretung bei Willenserklärungen i. e. S., ſo folgt daraus noch nicht, daß es hier ein allgemeines iſt; es bildet aber in der That die weit überwiegende Regel.

Eine Klaſſe von Willenserklärungen giebt es zunächſt, bei denen die Frage des Handelns in eigenem Namen des Vertreters gar nicht aufgeworfen werden kann. Es ſind diejenigen, die ſich als Ausübung eines beſtimmten Rechts darſtellen, eine Ausübung, die wirkſam eben nur durch den Inhaber dieſes Rechts oder in ſeinem Namen zu geſchehen vermag. Ich führe als Beiſpiele die Kündigung, die Mahnung, auch die ausdrückliche Erbantretung an. Im Uebrigen iſt zuzuſehen, ob ſich das Gebiet unſeres Erforderniſſes prinzipiell abgrenzen läßt. Hölder iſt gewiß auch hier auf dem richtigen Wege, wenn er den Intereſſenpunkt betont: wie bemerkt, ſetzt nach ihm die direkte Stellvertretung bei Willenserklärungen Handeln in fremdem Namen überall, aber auch nur dann voraus, wo es nicht für denjenigen, dem die Erklärung gilt, gleichgültig ſei, ob ſie Wirkung für den Vertreter oder für einen Anderen erzeuge. Indes kann dieſe Formel doch nicht einfach acceptirt werden. Sie bedarf, wenn ſie nicht zu falſchen Folgerungen führen ſoll, m. E. einer genaueren Beſtimmung. Es muß nämlich energiſch hervorgehoben werden, daß für unſere Frage nicht die konkrete, ſondern die typiſche Intereſſenlage entſcheidend iſt. Nicht darauf kommt es an, ob im einzelnen Fall der betheiligte Dritte ein Intereſſe daran hat, für wen die Wirkung der ihm abgegebenen Erklärung eintreten ſoll, ſondern allein darauf, ob bei Willenserklärungen der betreffenden Art normaler, typiſcher

ſchaftsſachen in eigenem Namen verkauft. Es kommt nur darauf an, daß er durch ſeine Handlung irgendwie den Willen erkennen läßt, daß die Erbſchaft ſeinem Auftraggeber erworben ſein ſolle.

Digitized by Google

Weiſe ein ſolches Intereſſe des betheiligten Dritten vorauszuſetzen iſt. Das Recht rechnet nicht mit dem Einzelfall, ſondern mit dem Typus: *τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.* Bei obligatoriſchen Verträgen z. B. wird zweifellos durch den Akt des Vertreters der Prinzipal nur dann unmittelbar und allein berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertreter in ſeinem Namen gehandelt hat. Warum? Offenbar, weil normaler Weiſe weder dem Gläubiger die Perſon des ihm Verpflichteten noch dem ſich Verpflichtenden die Perſon ſeines Gläubigers [1]) gleichgültig iſt, ſo daß demjenigen, der nach den Vorgängen beim Geſchäftsabſchluß erwarten darf, den A zum Schuldner oder Gläubiger zu erhalten, nicht ohne ſeine Zuſtimmung der B als ſolcher untergeſchoben werden darf. Normaler Weiſe: in einzelnen beſonders geſtalteten Fällen kann jenes Intereſſe an der Perſon des Gegners ſehr wohl ermangeln. Dem Geldbedürftigen z. B. wird, wenn er nur Geld bekommt, nicht ſelten die Perſon des Darleihers, dem Kapitaliſten, der lediglich mit Rückſicht auf die hypothekariſche Sicherheit leiht, mitunter ebenſo die Perſon ſeines Schuldners gleichgültig ſein. Aber auf Ausnahmsfälle dieſer Art nimmt das Recht keine Rückſicht. Niemand, auch Hölder nicht, trotz ſeiner der Mißdeutung ausgeſetzten Formel, wird daran denken, in Fällen dieſer Art die Regel aufzugeben, wonach Recht und Pflicht unmittelbar und allein für den Prinzipal nur dann entſteht, wenn in ſeinem Namen kontrahirt wurde. Die Zulaſſung

1) ob dieſer z. B. ein Wucherer oder Chicaneur oder ein anſtändiger Geſchäftsmann iſt. Die Möglichkeit der Ceſſion fällt nicht ins Gewicht: denn einmal bleibt trotz der Ceſſion die Perſon des erſten Gläubigers für die rechtliche Geſtaltung des Obligationsverhältniſſes in vielen Beziehungen maßgebend (man denke nur an die Einreden ex persona cedentis); ſodann iſt zu beachten, daß Ceſſionen, obwohl an ſich möglich, doch etwas relativ ſo Seltenes ſind, daß der ſich Verpflichtende mit dieſer Möglichkeit gewöhnlich nicht zu rechnen pflegt.

Digitized by Google

einer ſolchen Ausnahme würde eine Privilegirung der Chicane bedeuten. Wollte man dem Vertreter, der in eigenem Namen kontrahirt hat, geſtatten, ſich darauf zu berufen, daß dem Gegner, wenn auch an dem Geſchäft überhaupt, ſo doch nichts an der Verpflichtung gerade ſeiner gelegen geweſen ſei, ſo wäre es nur konſequent, überhaupt jedwedem Verpflichteten gegen die Kontraktsklage die Einrede einzuräumen, daß dem Gläubiger an dem Geſchäft eigentlich nichts gelegen geweſen ſei, daß er ſich z. B. nur aus Laune, aus Gefälligkeit oder dergl. darauf eingelaſſen habe. Kein Menſch wäre mehr ſeiner Rechte ſicher, wenn ſolche Einreden möglich wären. Der in eigenem Namen handelnde Vertreter wird alſo nicht deshalb obligirt, weil gerade dieſer Dritte, zu dem er in Beziehung getreten iſt, ein Intereſſe daran hat, daß er und kein Anderer obligirt werde, ſondern deshalb, weil typiſcher Weiſe anzunehmen iſt, daß, wer von einem Anderen eine dieſen an ſich verpflichtende Erklärung annimmt, auch ein Intereſſe daran habe, daß er ihm wirklich obligirt werde [1]). Ebenſo liegt es umgekehrt bei der Frage der Berechtigung.

Daß nun bei den weitaus meiſten Willenserklärungen derjenige, dem ſie gilt, normaler Weiſe ein Intereſſe daran

1) Nicht im Widerſpruch mit Obigem ſtehen Entſcheidungen, wie die bei Seuff. Bd. 40 Nr. 100, Bd. 49 Nr. 82. In den hier angeführten Fällen hatte — darauf laufen die richterlichen Feſtſtellungen hinaus — ein Vertreter namens eines „Geſchäfts" kontrahirt, für deſſen Inhaber (bezw. alleinigen Inhaber) der Gegenkontrahent irriger Weiſe ihn ſelbſt gehalten hatte. Es wurde entſchieden, daß demungeachtet der wirkliche Inhaber des Geſchäfts obligirt worden ſei. Schwierigkeiten kann in derartigen Fällen allerdings unter Umſtänden die Thatfrage bereiten, ob wirklich namens des Geſchäfts kontrahirt worden oder ob nicht vielmehr die vermeintliche Geſchäftsinhaberſchaft lediglich ein Motiv für den Gegner war, ſich mit dem Vertreter perſönlich einzulaſſen. So erklärt ſich die entgegengeſetzte Entſcheidung des O.L.G. Roſtock bei Seuff., Bd. 42 Nr. 13, die ich übrigens nicht für richtig halte.

Digitized by Google

haben wird, zu wissen, ob sie für den Erklärenden selbst oder für einen Anderen wirken sollen[1]), läßt sich von vornherein vermuthen. Es kann sich nur fragen, ob es überhaupt Willenserklärungen giebt, bei denen ein solches Interesse nicht besteht. Soweit ich sehe, kommen als solche nur gewisse Veräußerungserklärungen in Betracht.

Fremde Sachen können bekanntlich nicht bloß als fremde, sondern auch als eigene veräußert, z. B. verkauft oder verschenkt und tradirt werden. So sicher es nun ist, daß der typische Käufer daran interessirt ist, wer ihm als Verkäufer verpflichtet, der typische Beschenkte daran, wen er als Schenker zu betrachten hat, so sicher wird es Beiden normaler Weise gleichgültig sein, aus wessen Vermögen das Eigenthum der ihnen verkauften oder geschenkten Sache auf sie übergeht, wenn es nur überhaupt auf sie übergeht. Wer daher eine fremde Sache als eigene verkauft oder verschenkt und tradirt, überträgt, sofern er nur mit Ermächtigung des Eigenthümers gehandelt hat, zweifellos Eigenthum. D. (39, 5) 9 § 2:

Quod filius familias patris iussu aut voluntate donavit, perinde est ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.

Vergl. ferner D. (24, 1) 38 § 1, (41, 1) 9 § 4, C. (4, 51) 2, 5. Eine derartige Veräußerung kann in Vertretungsabsicht, z. B. auf Grund Mandats, stattfinden oder ohne solche: in keinem Fall bedarf es zur Wirksamkeit der Ver-

1) Um nur noch ein weiteres Beispiel zu geben: dem Empfänger einer dos oder demjenigen, der eine ihm angebotene Schenkung annehmen soll, wird es normaler Weise nicht gleichgültig sein, wen er als Besteller der dos oder als Schenker zu betrachten hat; das zwingt, wenn auch anderweitige Fälle sehr wohl denkbar sind, zur Aufstellung der allgemeinen Regel, daß der Vertreter des Bestellers oder Schenkers die Kaufsbeziehung unmittelbar für diesen nur mittels Willenserklärung in dessen Namen herstellen kann.

Digitized by Google

äußerung des Handelns im Namen des Eigenthümers. Ganz anders liegt natürlich das Verhältniß, wenn die fremde Sache als fremde tradirt wird: daß eine Verfügung über fremdes Recht, die sich als solche zu erkennen giebt, wirksam nur im Namen des Rechtsinhabers als des einzig Verfügungsberechtigten erfolgen kann, ist selbstverständlich.

Die gleichen Grundsätze gelten zweifellos auch für die Bestellung von iura in re aliena. Daß in D. (13, 7) 20 pr.:

Aliena res pignori dari voluntate domini potest

die verschiedenen Fälle nicht auseinandergehalten werden, darf uns nicht irre machen.

Was von den Verfügungen über Sachen gilt, wird ferner auch auf die über die sog. Immaterialgüter übertragen werden dürfen. Dagegen fällt bei der Veräußerung von Forderungen die Möglichkeit obiger Unterscheidung hinweg: fremde Forderungen *kann* man überhaupt nur als fremde, also auch nur im Namen des Forderungsberechtigten veräußern, da die Bezeichnung des letzteren unentbehrlich zur Individualisirung des Verfügungsobjektes ist. Soll Eigenthum an einer Sache übertragen oder Servitut oder Pfandrecht an ihr bestellt werden, so ist das Objekt der Verfügung durch die Bezeichnung eben dieser Sache zutreffend festgestellt; die Person des derzeitigen Eigenthümers kann für die *Wirksamkeit* der getroffenen Verfügung von Bedeutung sein, für ihren *Inhalt* ist sie es nicht. Zur Individualisirung einer Forderung aber als eines Verhältnisses zwischen zwei Parteien bedarf es der richtigen Bezeichnung wie des verpflichteten Schuldners, so auch des berechtigten Gläubigers. Wer eine fremde Sache als eigene veräußert, läßt über seine Absicht nicht den geringsten Zweifel: die Sache existirt nur einmal, und an eben dieser Sache soll der Erwerber das veräußerte Recht erhalten. Eine Forderung des A an C aber ist etwas ganz anderes als eine Forderung,

Digitized by Google

sei es auch gleichen Inhalts, des B an C, und wenn daher Jemand über eine fremde Forderung als über eine eigene disponirt, sie z. B. als eigene cedirt oder erläßt (z. B. der vermeintliche Erbe eine Erbschaftsforderung), so hat er über ein Nichts verfügt, die wirklich bestehende Forderung wird von seiner Verfügung gar nicht betroffen, auch wenn die Verfügung mit Genehmigung des wirklich Berechtigten erfolgte [1]). Verfügungen über fremde Forderungen sind also nur wirksam, wenn sie über sie als fremde und mithin in fremdem Namen erfolgen.

Als Veräußerung einer Forderung müssen selbstverständlich auch die auf Tilgung von Forderungen gerichteten Rechtsgeschäfte gelten, vor allem die Entgegennahme der Erfüllung, so weit die Erfüllung zu ihrer Wirksamkeit einer solchen bedarf. Wenn daher der scheinbare Gläubiger, sei es auch mit Genehmigung des wirklichen Gläubigers, dessen Forderung als eigene beigetrieben hat, so mag gegen letzteren nach Umständen exceptio doli stattfinden: wirkliche Erfüllung liegt nicht vor. Behufs dieser muß der Incassovertreter im Namen des wirklichen Gläubigers aufgetreten sein; das will sagen: er muß dem Erfüllenden zu erkennen gegeben haben, daß er das Geleistete als Erfüllung der fremden Forderung empfange [2]).

Unser Ergebniß ist: abgesehen von dem Fall, wo über fremde Sachen oder Immaterialgüter Veräußerungsverfügungen

1) Ob nicht die Thatsache dieser Genehmigung unter Umständen eine exceptio doli gegen die Klage des Berechtigten begründen wird, ist natürlich eine Frage für sich, die hier außer Betracht bleiben kann.

2) Daß damit, wenn die Erfüllung in Besitz- und Eigenthumsübertragung besteht, über die Besitz- und Eigenthumsfrage noch keineswegs entschieden ist, daß vielmehr der Incassovertreter, obwohl er in fremdem Namen empfängt, dennoch auf Grund seines Rechtsverhältnisses zu dem Prinzipal unter Umständen Besitz und Eigenthum für sich selber zu erwerben vermag, wird in unserem zweiten Abschnitt näher dargelegt werden.

Digitized by Google

als über eigene getroffen werden, ſetzt die direkte Stellvertretung bei allen Willenserklärungen voraus, daß der Vertreter im Namen des Prinzipals gehandelt hat.

Wenn durch Vertreter geſchehene Willensbethätigungen und in obiger Beſchränkung auch Veräußerungserklärungen für den Prinzipal Anderen gegenüber wirkſam zu werden vermögen, ohne in deſſen Namen vorgenommen zu ſein, ſo wird man ſchon hiernach vermuthen dürfen, daß die zu jenem Erfolg noch erforderliche Willensäußerung des Prinzipals — ſeine Ermächtigung — wirkſam geſchehen kann, ohne jenen Anderen zur Kenntniß gebracht zu werden; wozu dieſe Mittheilung, wenn im Geſchäft ſelbſt auf den Prinzipal gar kein Bezug genommen zu werden braucht? In der That trifft dieſe Vermuthung durchaus zu.

Was zunächſt die bloßen Willensbethätigungen angeht, ſo hängt hier die rechtliche Wirkung überall am Akt ſelbſt, nicht an ſeiner Kundgabe Dritten gegenüber. Nimmt ihn der Prinzipal in Perſon vor, ſo braucht er, daß dies geſchehen, keinem Dritten anzuzeigen — die Rechtswirkung tritt ohne weiteres ein. Warum ſollte dies ſich anders verhalten, wenn er, ſtatt in Perſon zu handeln, den Akt durch einen Anderen für ſich vornehmen läßt? Sehen wir hier von dem unten beſonders erörterten Fall des Beſitzerwerbes durch Stellvertreter ab: ſchwerlich wird Jemand bezweifeln, daß z. B. eine Spezifikation, ſtillſchweigende Acceptation, pro herede gestio, die ein Vertreter mit meiner nur ihm erklärten Ermächtigung für mich vorgenommen hat, wirkſam für mich vorgenommen iſt.

Wenn ferner Jemand eine fremde Sache als eigene wirkſam ſoll veräußern können, ſo bedarf er dazu der Dispoſitionsbefugniß über die fremde Rechtsſphäre, die ihm durch Ermächtigung des Berechtigten ertheilt wird. Der Rechtsordnung

aber, indem sie dies Erforderniß aufstellt, kommt es offenbar nur darauf an, daß der Berechtigte keine unbillige Einbuße an seinem Recht erleide; von solcher Unbilligkeit kann aber sicherlich keine Rede sein, wenn er dem Veräußerer die Erlaubniß zur Veräußerung gegeben hatte. Der dritte Erwerber seinerseits hat kein berechtigtes Interesse daran, zu wissen, auf welchen Thatsachen die Dispositionsbefugniß seines Veräußerers beruht.

Stellen wir nun dem die in fremdem Namen abgegebenen Willenserklärungen eines Vertreters gegenüber, so bemerken wir sofort den gewichtigen Unterschied: diese *sind* nicht bloß Dispositionen über eine fremde Rechtssphäre, sondern geben sich auch dem Dritten, dem gegenüber sie vorgenommen werden, offen als solche zu *erkennen* und geben damit weiter zu erkennen, daß sie zu ihrer Rechtswirkung noch der Zustimmung des Inhabers dieser Rechtssphäre bedürfen. Die in fremdem Namen vorgenommene Willenserklärung weist durch sich selbst auf die Nothwendigkeit ihrer Ergänzung durch eine weitere Willenserklärung hin; sie ist an sich für den betheiligten Dritten nur erst der Torso eines Rechtsgeschäfts. Der Dritte aber hat ein wohlbegründetes Interesse daran, zu erfahren, ob er es bloß mit einem solchen Torso oder mit einem vollkommenen Rechtsgeschäft zu thun hat. Diesen Gesichtspunkt muß man durchaus festhalten, wenn man das Wesen der eigentlichen Vollmacht, der zum Handeln in fremdem Namen, begreifen will. Von ihr allein werden wir im Folgenden handeln.

Was ist eine Vollmacht? Die ältere Lehre, die Vollmacht und Mandat identifizirte, kann nach *Laband*'s Untersuchungen [1]) als beseitigt gelten. Aber was ist sie nun wirklich? Ein Ver-

1) Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 10 S. 203 ff.

Digitized by Google

trag zwiſchen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem [1])? Eine einſeitige Erklärung [2])? Und wenn letzteres, an wen richtet ſich dieſe einſeitige Erklärung? An den Bevollmächtigten [3]) oder an den Dritten, mit dem dieſer kontrahiren ſoll [4])? Oder kann ſie mit Wirkſamkeit vielleicht ſowohl an jenen als an dieſen gerichtet werden [5])? oder an jeden Beliebigen [6])?

M. E. ergiebt ſich die Löſung der Frage ſofort, wenn wir die in fremdem Namen abgegebene Erklärung mit der in eigenem Namen abgegebenen vergleichen. Beruht die rechtsgeſchäftliche Wirkſamkeit der von uns ſelbſt in eigenem Namen abgegebenen Erklärung darauf, daß ihr Inhalt dem betheiligten Dritten von uns als unſer Wille kundgegeben iſt, ſo beruht die rechtsgeſchäftliche Wirkſamkeit der vom Ver-

1) So Laband a. a. O. S. 208, und Canſtein, Buſch's Archiv, Bd. 21 S. 283.

2) So die heute herrſchende Meinung (vergl. beſonders Hellmann, Stellvertretung, S. 109 ff.).

3) So Zimmermann, ſtellvertret. Neg. Gestio, S. 89, Mitteis, L. v. d. Stellv., S. 187.

4) Bähr, Krit. Vierteljſchr. Bd. 30, S. 340 ff. Vgl. auch Hellmann, S. 118, Bechmann, Kauf, II S. 25 ff., Regelsberger, Pand. § 163. Wenn letztere Schriftſteller nicht ausdrücklich hervorheben, daß der Dritte als Adreſſat der Vollmacht zu betrachten ſei, ſondern nur negativ betonen, daß der als Stellvertreter Handelnde von der Vollmacht nicht zu wiſſen brauche, ſo dürfte ihre eigentliche Meinung doch wohl die obige ſein. Bei Hellmann a. a. O. wäre die Bemerkung, die Mittheilung der Vollmacht ſeitens des Vollmachtgebers an denjenigen, mit dem der Vertreter kontrahire, ſei „weder nothwendig noch genügend", freilich recht ſehr dem Mißverſtändniß ausgeſetzt.

5) So Windſcheid, Pand. § 74 Anm. 2a und 2b, Hölder, Arch. f. civ. P., Bd. 73 S. 117. Ebenſo der rev. Entw. des B.G.B. § 137.

6) Dies ſcheint die Anſicht von Karlowa, Rechtsgeſchäft S. 60 „Gleich der Vollmacht braucht auch die Ratihabition nicht nothwendig dem Vertreter oder dem Dritten, mit welchem er das Geſchäft abſchloß, zugegangen zu ſein; es kommt nur darauf an, daß die Genehmigung in der Abſicht, ſich rechtlich zu binden, erklärt iſt."

Digitized by Google

treter in unſerem Namen abgegebenen Erklärung darauf, daß ſie von uns wiederum dem Dritten gegenüber, wenn auch nicht gerade als unſer Wille, ſo doch als mit unſerem Willen abgegeben bezeichnet wird. Was dort eine Einheit bildet, fällt hier in zwei Erklärungen auseinander [1]). Die Vollmacht zu einer Offerte, einer Acceptation, einer Kündigung ꝛc. bildet ſelbſt ein integrirendes Stück dieſer rechtsgeſchäftlichen Erklärungen und theilt daher deren juriſtiſche Natur, und auch eine Vollmacht allgemeinen Inhalts nimmt in konkreter Anwendung den Charakter derjenigen Willenserklärung an, zu der ſie hinzutritt Darum iſt nothwendig die Vollmacht ein einſeitiger Rechtsakt und kein Vertrag: ſie iſt es, weil und inſofern auch die Offerte, die Acceptation, die Kündigung, Mahnung ꝛc., zu denen ſie ermächtigt, einſeitige Akte ſind. Darum iſt ferner die Vollmacht nothwendig ein einſeitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber: bei den Willenserklärungen, die hier in Frage ſtehen, muß der Dritte unſere Geſinnung kennen, wenn er ſich uns gegenüber berechtigt oder verpflichtet fühlen ſoll; ihm gegenüber alſo iſt unſer Wille, uns die in unſerem Namen ergangene Willenserklärung anzueignen, zu erklären.

Der Beweis für die Richtigkeit dieſer Auffaſſung läßt ſich, wie nach der geſchichtlichen Entwickelung des Inſtituts natürlich, nur ſehr theilweiſe aus den Quellen führen; in der Hauptſache muß er dadurch geführt werden, daß wir die Konſequenzen darlegen und darthun, daß dieſe Konſequenzen den in der Praxis feſtſtehenden Grundſätzen entſprechen und in Zweifelsfällen allein zu unſer Rechtsgefühl befriedigenden Entſcheidungen führen. Dies ſoll im Folgenden geſchehen.

1) Uebereinſtimmend die Grundauffaſſung von Mitteis, a. a. O. S. 109 ff. Ganz entgegengeſetzter Anſicht freilich Karlowa, a. a. O. S. 53.

Wenn die wahre Adreſſe der Vollmacht, wie behauptet, der Dritte iſt, dem der Vertreter im Namen des Prinzipals die Erklärung abgiebt, ſo folgt zunächſt negativ, daß es für die Wirkſamkeit der Vollmacht gleichgültig ſein muß, ob der Vertreter ſelbſt von ihr Kenntniß erhalten hat oder nicht[1]). Die Vollmacht an ſich ſetzt den Prinzipal in keinerlei Rechtsverhältniß zu dem Vertreter. Deſſen Vertretungsmacht iſt bloß eine Reflexwirkung der dem Dritten abgegebenen Vollmachtserklärung. Wird die Vollmacht dem Bevollmächtigten kundgegeben, ſo hat dies an ſich bloß die thatſächliche Bedeutung, daß darin für dieſen eine Veranlaſſung liegen kann, oft auch liegen ſoll, namens des Prinzipals zu kontrahiren. Wird, wie ſo häufig, die Vollmacht durch den Bevollmächtigten ſelbſt dem Dritten kundgegeben, ſo fungirt der Bevollmächtigte hierbei lediglich als Bote des Prinzipals[2]).

Es wird nicht leicht vorkommen, daß Jemand dem Dritten, nicht aber dem Vertreter ſelbſt die Vollmacht mittheilt. Möglich aber iſt dies durchaus. Geſetzt z. B., Jemand, der längſt auf ein beſtimmtes Grundſtück reflektirte, erhält, während er auf Reiſen iſt, von einem Freund einen Brief, worin dieſer ihm mittheilt, daß das Objekt jetzt zur Verſteigerung komme und daß er, der Freund, es namens des Abweſenden zu erwerben ſuchen werde; der Abweſende, der die Adreſſe des Freundes nicht kennt, telegraphirt nun an den Eigenthümer des Objekts, daß jener von ihm zum Ankauf bevollmächtigt ſei: wird man zweifeln, daß, wenn der Freund wirklich namens des Abweſenden ſteigert, der Kauf zwiſchen dieſem und dem Dritten wirkſam zu Stande gekommen iſt, obwohl der Erſtere

1) Uebereinſtimmend die S. 14 N. 4 angef. Schriftſteller.

2) Vergl. auch v. Canſtein in Buſch's Archiv, Bd. 21 S 272, der aber freilich dem Bevollmächtigten bloße Botenqualität auch in Beziehungen zuſchreibt, wo er mehr als bloßer Bote iſt (a. a. O., S. 284).

Digitized by Google

von der ertheilten Vollmacht nichts wußte und auch durch den Dritten, der das Gegentheil für selbstverständlich halten mochte, keine Mittheilung darüber erhielt? Der Freund hat hier Vertretungsmacht, ohne es zu wissen; er ist und bleibt negotiorum gestor trotz der ertheilten Vollmacht; von einem Vertragsverhältnisse zwischen ihm und dem dominus ist gar keine Rede. Oder Jemand, der einem Vertreter durch Erklärung ihm gegenüber Kollektivvollmacht ertheilt hat, bezeichnet ihn durch Cirkular an Dritte als Bevollmächtigten schlechtweg: wird man zweifeln, daß, wenn nun dieser Vertreter ohne Zuziehung der Mitbevollmächtigten namens des Prinzipals Kontrakte abschließt, mit oder ohne Kenntniß jenes Cirkulars, daß aus solchen Kontrakten der Prinzipal berechtigt und verpflichtet wird [1])?

Wenn dem Dritten die Vollmacht durch Vermittelung des Stellvertreters selbst mitgetheilt wird, so fungirt insoweit, sagte ich, der Stellvertreter als bloßer Bote: er überbringt die von dem Prinzipal ausgehende Willenserklärung als solche. Diese botenmäßige Mittheilung kann natürlich nicht bloß ausdrücklich und nicht bloß durch detaillirte Auseinandersetzung des Umfangs der Vollmacht, sondern auch stillschweigend einfach dadurch erfolgen, daß der Stellvertreter sich dem Dritten gegenüber als bevollmächtigt gerirt. Weicht die sei es ausdrückliche, sei es stillschweigende Mittheilung des Stellvertreters in irgend einem Punkte von der ihm wirklich gegebenen Ermächtigung ab, so gelten diejenigen Grundsätze, die überhaupt gelten, wenn ein Bote seinen Auftrag nicht in Uebereinstimmung mit seiner Instruktion ausrichtet, und zwar sowohl hinsichtlich der Haftung des Prinzipals wie hinsichtlich der des Stellvertreters selbst. Wer mit mir der Ansicht ist, daß der Prinzipal für bewußte Entstellungen des Auftrags durch den

1) Vgl. den Rechtsfall bei Seuffert, Bd. 12 Nr. 60.

Digitized by Google

Boten nicht verantwortlich ist, wird eine Verantwortlichkeit des Prinzipals auch nicht annehmen können, wenn ein Stellvertreter z. B. Beschränkungen seiner Vollmacht absichtlich unterschlägt [1]). Wer andererseits da, wo der Bote bloß versehentlich von seiner Instruktion abgewichen ist, den Prinzipal, sei es auf Erfüllung sei es auf das negative Vertragsinteresse, haften läßt, wird konsequent dieselben Grundsätze auch auf den Prinzipal anwenden müssen, dessen Stellvertreter aus Versehen die ihm gegebene Vollmacht dem Dritten falsch mitteilt, — hierher gehört namentlich der Fall, wo der Stellvertreter selbst die Vollmacht mißverstand [2]). Daß jede Haftung des Prinzipals ausgeschlossen ist, wenn die Abweichung von der Instruktion dem Dritten erkennbar war, ist nach allgemeinen Grundsätzen selbstverständlich; eine besondere Erkundigungs- und Nachforschungspflicht des Dritten ist dagegen dem Stellvertreter gegenüber so wenig wie einem sonstigen Boten gegenüber zu statuiren [3]); der Prinzipal verwendet den Boten auf eigene Gefahr. Was die Haftung des Stellvertreters betrifft,

---

1) Ein Fall dieser Art entsprechend entschieden bei Seuffert, Bd. 44 Nr. 174: der Stellvertreter hatte eine Bedingung seiner Vollmacht verschwiegen. Vgl. auch Seuffert, Bd. 47 Nr. 44, Entsch. des R.O.H.G., Bd. 22 S. 374 ff.

2) Auf Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des Mißverständnisses würde nach der jetzt herrschenden Ansicht und namentlich auch nach dem revid. Entw. des B.G.B. § 95, 97 hierbei nichts ankommen. Ein Fall entschuldbaren Mißverständnisses bei Seuffert, Bd. 28 Nr. 221: der Prinzipal wollte Auftrag zu leihen geben, telegraphirte aber: „sende uns", was als Auftrag zu kaufen verstanden wurde.

3) Richtig ist allerdings, daß, wenn die Vollmacht erklärtermaßen mit Beschränkung auf einen bestimmten Zweck ertheilt ist, der Dritte der Versicherung des Stellvertreters, er handle mit Bezug auf diesen Zweck, nicht ohne weiteres trauen darf, hier vielmehr eine gewisse Erkundigungspflicht hat, vgl. D. (14, 1) 7 pr. Mitteis a. a. O. S. 194. Es ist aber klar, daß der Stellvertreter, indem er jene Versicherung abgiebt, nicht

Digitized by Google

der, ohne Vollmacht zu haben, sich doch als bevollmächtigt gerirt, so geht bei obligatorischen Verträgen bekanntlich die heutzutage überwiegende, auch im revidirten Entw. des B.G.B. § 146 Abs. 1 (s. aber auch Abs. 2) anerkannte Ansicht dahin, daß er dem anderen Theil nach dessen Wahl auf Erfüllung oder Schadenersatz hafte. Ich untersuche die innere Berechtigung dieser Entscheidung hier nicht, betone aber, daß dann konsequent das Gleiche von jedem verpflichtungsfähigen Boten gelten muß, der etwas als ihm aufgetragen ausrichtet, was ihm nicht aufgetragen ist.

Ist nach Obigem die Wirksamkeit der Vollmacht nicht davon abhängig, daß sie dem Stellvertreter selbst bekannt geworden ist, so muß sie dagegen, wenn unsere Auffassung richtig ist, um wirksam zu werden, nothwendig an den betheiligten Dritten gelangt sein. Ist dies nicht der Fall, so ist, auch wenn die Vollmacht an den Stellvertreter selbst gelangt war, das von ihm namens des Prinzipals mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft für diesen vorläufig ohne Wirkung, — Genehmigung, soweit solche möglich ist, vorbehalten. Und zwar ist m. E. zu fordern, daß dem Dritten die Vollmacht direkt oder indirekt (mittels Boten u. dergl.) durch den Prinzipal selbst erklärt sei; hätte der Dritte zufällig auf Umwegen von der dem Vertreter ertheilten Vollmacht Kenntniß erhalten, so ersetzt dieses zufällige Wissen nicht die Erklärung des Prinzipals; was zwischen Prinzipal und Vertreter vorgegangen, geht den Dritten, solange es ihm nicht in gehöriger Weise erklärt ist, gar nichts an.

Hierher gehört vor allem der Fall, wo der Vertreter die ihm ertheilte Vollmacht absichtlich verschweigt, um dem Prin-

---

mehr als Bote des Prinzipals auftritt: eben darum glaubt ihm der Dritte hier auf eigene Gefahr.

Digitized by Google

zipal die Entschließung offen zu halten, z. B. einen Miethvertrag, zu dem er Vollmacht in Händen hat, absichtlich als Gestor abschließt, während er ihn als Bevollmächtigter abschließen könnte [1]). Hier wird die Behauptung, daß der Vertrag noch nicht wirksam zu Stande gekommen ist, dessen Wirksamkeit vielmehr noch von nachträglicher Erklärung der Vollmacht oder Genehmigung des Prinzipals abhängt, schwerlich auf Widerspruch stoßen. Welches Recht hätte der Dritte, sich auf die ihm absichtlich zu ganz erlaubtem Zweck verschwiegene Vollmacht zu berufen? Ebenso sind aber auch solche Fälle zu entscheiden, wo ein Vertreter die in seine Hände gelegte Vollmacht dem betheiligten Dritten nicht kundgiebt, weil er z. B. aus Rechtsirrthum ihrer nicht zu bedürfen glaubt. Setzen wir z. B., eine Ehefrau, die von ihrem abwesenden Ehemann brieflich beauftragt ist, einem von dessen Miethern zu kündigen oder seinen Schuldner zu mahnen, wäre irrig der Meinung, daß sie schon in ihrer Eigenschaft als Ehefrau zu solchen Akten für ihren Ehemann befugt sei, und nähme nun ebendeshalb die Kündigung oder Mahnung, unter Verschweigung ihrer Vollmacht, bloß mit der Motivirung vor, da ihr Ehemann abwesend sei, so kündige oder mahne sie in seinem Namen: wird man diese Rechtshandlungen für wirksam halten? M. E. ist für den Miether oder Schuldner eine solche Kündigung oder Mahnung als Akt eines Unbefugten ganz bedeutungslos, selbst dann, wenn er etwa durch Dritte, die den Brief des Ehemanns gelesen, zufällig Kenntniß von der ertheilten Ermächtigung erhalten hätte. Die entgegengesetzte

1) Nebenbei bemerkt, ein gar nicht seltener Fall. Jemand erhält z. B. Vollmacht, eine bestimmte Wohnung zu 1800—2000 M. zu miethen; um auf den Vermiether zu drücken, giebt er das ertheilte Limit niedriger an und miethet dann, da der Vermiether nicht nachgiebt und er sich selbst nicht dementiren will, als Gestor.

Digitized by Google

Entſcheidung würde den Miether oder Schuldner in die unangenehme Lage bringen — um zu wiſſen, woran er iſt, auch um eintretenden Falls mit gutem Gewiſſen ſchwören zu können, — die Mittheilung des Dritten auf ihre Glaubwürdigkeit prüfen zu müſſen. Auch dem Ehemann ſeinerſeits kann die Kündigung, die, wenn auch mit ſeinem Auftrag, doch ohne erkennbaren Bezug auf ſeinen Auftrag erfolgt iſt, m. E. nicht entgegengehalten werden. Es iſt das nur eine Anwendung des Grundſatzes, daß die bloße Kenntniß des Willens der Gegenpartei deren Willenserklärung im Allgemeinen nicht zu erſetzen vermag.

Bekanntlich werden häufig Vollmachten dem ganzen Publikum kundgegeben, durch öffentliche Bekanntmachung oder auch namentlich dadurch, daß der Prinzipal einen Anderen in zahlreichen Fällen ohne Widerſpruch ſich als ſeinen bevollmächtigten Vertreter geriren läßt[1]). In ſolchen Fällen wird der einzelne Dritte, mit dem der Vertreter kontrahirt, nicht leicht ohne wirkliche Kenntniß der Vollmacht bleiben; iſt ihm etwa auch die öffentliche Bekanntmachung oder das ſonſtige Auftreten des Vertreters entgangen, ſo wird doch der Vertreter, der hier von der Vollmacht faſt immer wiſſen wird, nicht verfehlen, dieſelbe ihm ausdrücklich oder ſtillſchweigend, indem er ſich als bevollmächtigt aufſpielt, kundzugeben. Immerhin iſt aber doch die Möglichkeit gegeben, daß der einzelne Dritte *nichts* von der Vollmacht erfährt. Welche Bedeutung hat dies? Ich glaube, auch wenn man in der Lehre vom Vertragsſchluß unter Abweſenden die Empfangstheorie für richtig hält, wird man doch nicht behaupten dürfen, daß die öffentlich bekannt gemachte Erklärung um dieſer Eigenſchaft willen als an das ganze Publikum gelangt anzuſehen ſei, und ſo komme

1) Fälle dieſer Art z. B. bei Seuffert, Bd. 24 Nr. 138, Entſch. des R.G., Bd. 1 S. 9, Bd. 22 S. 70 f.

Digitized by Google

ich zu dem Ergebniß, daß, ſolange einer beſtimmten Perſon die öffentliche Kundmachung verborgen geblieben und auch ſonſt die Vollmacht nicht kundgegeben worden iſt, gegen ſie die Vollmacht auch nicht wirkt. Geſetzt z. B., eine von dem unkundigen Dritten dem abweſenden Prinzipal gemachte Offerte wurde von dem in öffentlicher Bekanntmachung zu deſſen Vertreter ernannten Bruder desſelben einfach dahin beantwortet, ſein Bruder ſei abweſend, er nehme in deſſen Namen an, ſo wäre m. E. der Dritte nicht gebunden; denn nach dem Wortlaut dieſer Erklärung darf er den Bruder als bloßen Geſtor anſehen, und die Acceptation durch einen bloßen Geſtor braucht er nicht gelten zu laſſen; ein Nachbringen der Vollmacht aber würde nur ſo lange möglich ſein, als überhaupt die Acceptation noch wirkſam erfolgen kann. Ebenſo würde eine unter ähnlichen Verhältniſſen ergehende Kündigung, Mahnung u. dergl. an ſich unwirkſam ſein und, auch wenn die Vollmacht nachträglich der anderen Partei kundgemacht wird, erſt von dem Moment an wirken, wo dies geſchehen iſt. Doch möchte ich aus dem Geſagten nicht etwa auch die weitere Folgerung gezogen wiſſen, daß die dem Dritten unbekannt gebliebene öffentliche Vollmacht, weil ſie dieſem nicht entgegengehalten werden kann, auch dem Prinzipal nicht entgegengehalten werden könne. Wer eine Vollmacht öffentlich kundgiebt, zeigt dadurch den Willen, daß ſie ohne weiteres Jedem gegenüber wirken ſolle, und handelt darum gegen Treue und Glauben, wenn er ſich zu ſeinem Vortheil darauf beruft, ein einzelner Dritter habe den Inhalt der Kundmachung nicht erfahren: er muß, mit anderen Worten, gegen ſich die Fiktion gelten laſſen, daß dieſer Inhalt allgemein bekannt ſei[1]). So würde alſo z. B. im obigen Fall der Oblat ge-

1) Aus gleichem Grund wirkt auch die Offerte nur, wenn ſie dem

bunden sein, der Offerent aber nicht; doch würde dieser jeder Zeit von dem Oblaten angehalten werden können, sich darüber zu erklären, ob er den Vertrag als zu Stande gekommen gelten lassen wolle oder nicht[1]).

Unsere Auffassung der Vollmacht giebt auch die einzig zutreffende Erklärung des in der Praxis allgemein anerkannten Satzes, daß die Vollmacht stets in der Gestalt wirksam wird, in der sie durch den Prinzipal dem Publikum oder dem betheiligten Dritten mitgetheilt worden ist, auch wenn der Bevollmächtigte selbst sie in abweichender Gestalt empfangen hat[2]). Die älteren Entscheidungen pflegen sich hierfür in der Regel auf die Bestimmung zu berufen, die das römische Recht in D. (14, 3) 11 § 2 sqq. hinsichtlich der praepositio des institor getroffen, und in der That liegen die Verhältnisse ganz analog: die adjekticische Haftung des römischen, wie die alleinige des heutigen Prinzipals beruht darauf, daß der Prinzipal durch Erklärung dem Publikum oder speziell dem betheiligten Dritten gegenüber in diesem das Vertrauen erregt hat, er werde die Handlungen des Vertreters als maßgebend für sich anerkennen. Neuere Schriftsteller meinen mitunter den Satz durch den Hinweis darauf erklären zu können, daß dem Dritten gegenüber nur die Vollmacht des Vertreters (einerlei, wem diese kundgegeben wäre), nicht aber dessen etwa von ihr abweichendes Mandat in Betracht komme. Allein diese Unterscheidung hilft durchaus nicht in allen hierher gehörigen Fällen. Die Erklärung des Prinzipals dem Bevollmächtigten gegen-

---

Oblaten bekannt geworden ist, die Auslobung aber auch zu Gunsten dessen, der nichts von der Auslobung erfahren hat.

1) arg. D. (19, 1) 13 § 27, 28.

2) Vgl. z. B. die Entscheidungen bei Seuffert, Bd. 12 Nr. 60, 268, Bd. 14 Nr. 93, Bd. 23 Nr. 227, Bd. 28 Nr. 129, Bd. 34 Nr. 148, Bd. 44 Nr. 175, Bd. 47 Nr. 44.

Digitized by Google

über kann nämlich durchaus nicht immer unter den Gesichtspunkt des Mandats gepreßt werden; es kann sehr wohl sein, daß der Prinzipal — einerlei, wie weit sein Mandat geht — dem Bevollmächtigten andere Angaben über den Umfang seiner Ermächtigung als solcher macht als dem betheiligten Dritten. Aber da die eigentliche Bevollmächtigung stets nur in der Erklärung dem Dritten gegenüber liegt, so versteht sich, daß für die Rechtswirkung des von dem Vertreter abgeschlossenen Geschäfts auch nur der Inhalt dieser letzteren Erklärung maßgebend sein kann[1]). Selbst das darf nicht als allgemeine Behauptung aufgestellt werden, daß wenigstens dann, wenn die dem Vertreter ertheilte einschränkende Instruktion dem Dritten bekannt oder erkennbar geworden sei, die dem Dritten abgegebene weitergehende Vollmachtserklärung ihre Wirksamkeit verliere. Richtig ist dieser Satz nur, soweit der Dritte aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft Rechte für sich ableiten will: es würde gegen die im Verkehr herrschenden Anschauungen von Treu und Glauben verstoßen, wenn der Dritte sich zu seinem Vortheil auf ein Geschäft berufen dürfte, das, wie er wußte oder wissen mußte, mittels Mißbrauchs der ertheilten Vollmacht zu Stande gekommen ist[2]). Die einschränkende Instruktion wirkt hier also zu Gunsten des Prinzipals: niemals aber kann der Dritte sie zum Nachtheil des Prinzipals ausnutzen, sich gegen ihn darauf berufen. Gesetzt z. B., ein Vertreter, der nach außen hin unbedingt zu Kündigungen ermächtigt ist, hätte die Instruktion erhalten, von dieser Ermächtigung nur unter gewissen Voraussetzungen Gebrauch zu machen, und hätte gleichwohl ohne diese Voraussetzungen gekündigt, so wäre die Kündigung wirksam, mag

1) Gut betont in dem Erkenntniß bei Seuffert, Bd. 44 S. 283 ff.
2) Vgl. R.G., Bd. 15 Nr. 47, Seuffert, Bd. 41 Nr. 183.

Digitized by Google

der, an den sie erfolgte, auch von jener Instruktion zufällig Kenntniß erlangt haben. Würde er sich dem Prinzipal gegenüber auf dieselbe berufen, so würde dieser mit Recht erwidern, daß die Frage, ob seine Instruktion innegehalten worden sei, nur ihn und seinen Vertreter berühre, Dritte aber nichts angehe [1]).

Die Feststellung, daß die eigentliche Vollmachtserklärung dem betheiligten Dritten gegenüber stattfindet, ermöglicht auch die grundsätzliche Stellungnahme zu der Frage, ob und inwiefern die Vollmachtserklärung, wenn das Geschäft, zu dem bevollmächtigt wird, der Urkundsform unterworfen ist, selber dieser Form bedarf. Liegt die Vollmachtserklärung nicht in der Mittheilung der Ermächtigung an den Bevollmächtigten, sondern in der an den Dritten, so unterliegt auch nur letztere, nicht die erstere der vorgeschriebenen Form, d. h. in der zur Abgabe oder sonstigen Verlautbarung an den Dritten bestimmten Schrift muß auch die Erklärung enthalten sein, daß der Aussteller Vollmacht zu dem Rechtsgeschäft habe. Dazu genügt aber schon, daß der Aussteller sich in der Unterschrift als Vertreter des Prinzipals bezeichnet oder auch nur einfach mit dem Namen des Prinzipals unterzeichnet hat [2]); denn

1) Ist dem so, so folgt daraus freilich weiter, daß auf eine derartige Kündigung der Dritte sich auch *gegen* den Prinzipal berufen kann: denn da der Dritte zu ihr nicht mitwirkt, verlangt die Billigkeit, daß der Akt, wenn *gegen* ihn, dann auch zu seinen *Gunsten* wirksam werde. Auf zweiseitige Geschäfte, auf die sich der Dritte mit dem Vertreter, trotzdem er von ihrer Instruktionswidrigkeit Kenntniß hatte oder haben mußte, eingelassen hatte, darf aber diese Konsequenz nicht erstreckt werden. Hier muß der Dritte die Folgen seines dolus oder seiner culpa tragen: er ist gebunden, der Prinzipal nicht. Doch wird ihm das Recht, eine Erklärung des Prinzipals nach Maßgabe von D. (19, 1) 11 § 27, 28 zu verlangen, nicht versagt werden dürfen.

2) Es ist vielleicht nicht überflüssig, zu bemerken, daß, wenn § 105 Abs. 1 des rev. Entw. des B.G.B. unverändert Gesetz wird, es wird in

beide Arten der Unterschrift stehen nur dem Vertretungsermächtigten zu, enthalten daher die Prätention der Vertretungsmacht und müssen in Folge dessen als stillschweigende Erklärung der Vollmacht gelten [1]). Ist diese Voraussetzung erfüllt, so enthält die Urkunde Alles, was sie muß, das vollständige Rechtsgeschäft: die Willenserklärung des Vertreters und die von ihm als Boten überbrachte Vollmachtserklärung des Prinzipals. Die Frage, ob die letztere Erklärung wirklich auf den Willen des Prinzipals zurückgeht, ob es wirklich der Prinzipal ist, der hier durch das Medium des Vertreters gesprochen hat, bleibt natürlich offen; sie ist im Streitfall Beweisfrage, Beweisfrage in demselben Sinn, wie es bei jeder Urkunde die Identität des Erklärenden sein kann. So wenig die Gültigkeit einer Privaturkunde darunter leidet, daß die Echtheit der Unterschrift in Zweifel gezogen werden kann, ebensowenig leidet sie darunter, daß ein gleicher Zweifel in Bezug auf die Legitimation des Vertreters möglich ist. Daher ist die Form der Privaturkunde vollkommen gewahrt, wenn der Vertreter mündlich bevollmächtigt war, sich aber dann dem betheiligten Dritten gegenüber schriftlich als bevollmächtigt bezeichnet oder gerirt hat [2]). Die

---

Zweifel gezogen werden können, ob die Unterzeichnung mit dem bloßen Namen des Prinzipals da, wo das Gesetz schriftliche Form vorschreibt, zulässig ist. Der § fordert eigenhändige Namensunterschrift — und d. h. doch wohl des eigenen Namens — des Ausstellers.

1) Wie ist es aufzufassen, wenn der Vertreter einfach mit dem Namen des Prinzipals unterzeichnet, ohne zu erkennen zu geben, daß diese Unterschrift nicht wirklich von dem Prinzipal herrührt? Der Vertreter erregt hier den Schein, als ob der Prinzipal selbst kontrahirt habe. Dies kann nun nicht bewirken, daß der wahre Sachverhalt wegfingirt wird. Es begreift sich aber, daß man in der Wirkung dies maius dem minus — der Mittheilung, daß die Erklärung mit dem Willen des Prinzipals abgegeben sei — gleichsetzt. Vgl. Seuffert, Bd. 48 Nr. 122, R.O.H.G., Bd. 5 S. 263, 271, Bd. 18 S. 99.

2) Vgl. R.G., Bd. 4 S. 309 f., Seuffert, Bd. 36 Nr. 212,

Digitized by Google

praktischen Zwecke, um deren willen Privaturkundsform vorgeschrieben wird, stehen mit dieser Entscheidung in Einklang. Denn diese Form genügt niemals, um die Urheberschaft der darin bezeugten Erklärungen beweislich sicher zu stellen, bezweckt also auch nicht diese Sicherstellung; ihr Zweck geht, was die Beweisfrage angeht, lediglich dahin, für den Fall, daß die Urheberschaft zugestanden oder erwiesen ist, dann den Inhalt der abgegebenen Erklärungen der Bestreitung zu entziehen. Etwas anders liegt die Sache bei Vorschrift öffentlicher Urkundsform. Auch hier besteht allerdings, was wohl zu beachten ist, die eigentliche Formvorschrift als solche nur für den Inhalt des Rechtsgeschäfts, d. h. die Willenserklärung des Vertreters und die Verlautbarung der Vollmacht. Allein zweifellos geht — schon zur Verhütung des Mißbrauchs — die Absicht von Gesetzen, die öffentliche Urkundsform vorschreiben, auch wenn sie diese Absicht nicht ausdrücklich aussprechen, doch zugleich auch dahin, daß der öffentliche Beamte, vor dem die Urkunde errichtet wird, die Identität des Erklärenden und also auch die Legitimation eines etwaigen Vertreters prüfe[1]), und ist, daß diese Prüfung geschehen und als geschehen beurkundet werde, Voraussetzung der Gültigkeit

---

ferner auch Seuffert, Bd. 34 Nr. 144 und Bd. 41 Nr. 78. Im letztangeführten Fall hatte der Wechselkläger der Beklagten den Eid darüber zugeschoben, daß sie den eingeklagten eigenen Wechsel, da sie selbst nicht schreiben könne, in ihrer Gegenwart durch den X mit ihrem Namen habe unterzeichnen lassen. Das O.L.G. Jena erklärte dies für zulässig. Dabei wird ausgeführt, daß eine Unterschrift nicht bloß dann als echt anzusehen sei, wenn sie eigenhändig von dem Träger des unterschriebenen Namens vollzogen sei, sondern auch dann, wenn sie von einer Person geschrieben sei, deren Handlungen der Namensunterschriebene zu vertreten habe. Gegenüber § 105 Abs. 1 des revid. Entw. dürfte dieser Satz allerdings nicht mehr aufrecht zu erhalten sein, s. S. 25 Anm. 2.

1) Vgl. Regelsberger, Pand., Bd. 1 S. 498.

Digitized by Google

des Geschäfts [1]). Soll ferner diese Prüfung ihren Zweck erfüllen, so muß diese Legitimation dem beurkundenden Beamten in einer Weise außer Zweifel gestellt werden, die nicht etwa bloß ihn persönlich überzeugt, sondern objektive Ueberzeugungskraft für Jeden besitzt, und so kommt es, daß der öffentlichen Urkundsform, wo sie gesetzlich vorgeschrieben ist, nur genügt ist, wenn auch die Legitimation des Vertreters in einer den öffentlichen Glauben genießenden Form beigebracht ist. Diese Form braucht aber — und dies ist das für uns Wichtige — durchaus nicht mit der für das Rechtsgeschäft selbst vorgeschriebenen zusammenzufallen. Von Spezialvorschriften abgesehen, kann sich z. B., wo gerichtliche Form vorgeschrieben ist, der Vertreter auch durch notarielle Urkunde legitimiren, wo notarielle Form, auch durch gerichtlich beglaubigten Auszug aus dem Handelsregister ꝛc. Bestandtheil der öffentlichen Urkunde ist ja nicht diese Legitimation selbst, sondern nur die Bezeugung, daß sie beigebracht und verlautbart worden ist.

Man möchte gegen die Behauptung, daß die Verlautbarung der Vollmacht und gerade nur sie Bestandtheil des Rechtsgeschäfts und deshalb dessen Form mit unterworfen sei, einwenden, daß doch zweifellos auch Rechtsgeschäfte, für die Schriftform vorgeschrieben ist, von Vertretern ohne Vollmacht abgeschlossen werden können und gültig sind, wenn nur nachträglich Genehmigung erfolgt. Ich behalte mir vor, über die Natur der Genehmigung anderwärts des Näheren zu handeln. Einstweilen sei zur Erledigung obigen Einwands nur Folgendes hervorgehoben. Der vollmachtlose Vertreter kann bei Errichtung des schriftlichen Geschäfts in zweifacher Weise ver-

1) Es würde also z. B. eine Urkunde nicht genügen, in der der Notar bezeugt hätte: „Vor mir erschien eine Person, die sich als N N bezeichnete und erklärte. . . .“ Auch dann nicht, wenn die Identität des Erklärenden mit N N zur Evidenz bewiesen werden könnte.

Digitized by Google

fahren. Sehr oft giebt er sich, obwohl er keine Vollmacht hat und dies dem Gegner vielleicht selber erklärt hat, in der Urkunde dennoch als bevollmächtigt, unterschreibt sie z. B. einfach als Vertreter des Prinzipals. Hier ist, wenn nur Privaturkunde gefordert ist, das Formerforderniß erfüllt; das Geschäft kommt in der Urkunde vollständig zur Erscheinung und ist gültig, wenn nachträglich, sei es auch ganz formlos, Genehmigung ertheilt wird, gültig deshalb, weil kraft Rechtens auch der als Urheber einer Willenserklärung behandelt wird, der sie zwar nicht veranlaßt, aber nachträglich durch Genehmigung sich angeeignet hat. Ganz anders sind m. E. die Fälle zu beurtheilen, wo der vollmachtlose Vertreter in der als Form erforderten Urkunde seine Vollmachtlosigkeit selber zum Ausdruck bringt. Hier ist die Urkunde selbst unvollständig, daher eine formlose Genehmigung bedeutungslos. Ein Wechsel, den der Vertreter unterschreibt: „für Herrn X", wird auch durch mündliche Genehmigung für X verbindlich. Würde die Unterschrift lauten: „für X, aber ohne dessen Vollmacht", oder: „für X, dessen Genehmigung vorbehalten", so würde die Genehmigung, um wirksam zu sein, auf dem Wechsel selbst nachgebracht werden müssen. Eine Aktienzeichnung würde im gleichen Fall der schriftlichen Genehmigung bedürfen, während sonst eine mündliche genügt ꝛc. Diese Unterscheidungen sind keineswegs spitzfindig; eine Erklärung, die einer Form bedarf, kann nicht verbindlich für Jemanden sein, für den sie sich selbst nicht als verbindlich bezeichnet, solange nicht dieser Mangel durch eine der Form entsprechende Erklärung gedeckt ist.

Ganz besonders fruchtbar erweist sich die Erkenntniß des wahren Wesens der Vollmacht für die Lehre von ihrem Widerruf. Erfolgt die Begründung der Vollmacht durch eine Erklärung dem betheiligten Dritten, nicht dem Bevollmächtigten gegenüber, so ist es eine nothwendige Konsequenz, daß auch

Digitized by Google

für den Widerruf dieſer Erklärung die wahre und eigentliche Adreſſe der betheiligte Dritte iſt. Die Vollmacht iſt alſo wirkſam widerrufen, wenn der Widerruf dem betheiligten Dritten erklärt iſt, wenn auch der Bevollmächtigte ſelbſt gar nichts davon weiß. Und umgekehrt: ſie iſt (gewiſſe, unten zu erwähnende Ausnahmen vorbehalten) nicht wirkſam widerrufen, wenn ſie nur dem Bevollmächtigten gegenüber widerrufen, dieſer Widerruf aber dem betheiligten Dritten nicht erklärt worden iſt[1]). Der Widerruf bloß dem Vertreter gegenüber berührt an ſich nur das Vertragsverhältniß zwiſchen Prinzipal und Vertreter, nicht deſſen Vertretungsmacht: er hebt möglicherweiſe jenes Vertragsverhältniß (z. B. ein Mandat) ganz auf oder er modifizirt die auf Grund dieſes Vertragsverhältniſſes dem Vertreter ertheilte Inſtruktion. Das Eine wie das Andere bewirkt nur, daß der Vertreter dem Prinzipal gegenüber nicht mehr befugt iſt, in deſſen Namen zu kontrahiren noch auch deſſen Vollmachtserklärung dem Dritten als Bote zu überbringen. War alſo dem Dritten die Bevollmächtigung nicht ſchon zuvor erklärt, und der Vertreter gerirt ſich erſt jetzt nach erfolgtem Widerruf als bevollmächtigt, ſo liegt der bekannte Fall vor, daß Jemand, der keinen Botenauftrag hat, gleichwohl eine Botſchaft als ihm angeblich aufgetragen überbringt: ein Fall der Willenserklärung ohne Willen, der hier wie ſonſt nicht nach einer einzigen ſtrikten Regel zu entſcheiden ſein wird[2]). War dagegen die Bevollmächtigung dem Dritten

1) Vgl. aus der Praxis: Seuffert, Bd. 4 Nr. 115, Bd. 19 Nr. 230, Bd. 28 Nr. 29, R.O.H.G. Bd. 4 Nr. 59, Bd. 13 S. 196, R.G. Bd. 12 S. 10. Für die Prozeßvollmacht ſteht der Satz feſt durch C.P.O. § 83 Abſ. 1, vgl. dazu R.G. Bd. 4 S. 415, Bd. 9 S. 348; für die Incaſſovollmacht: D. (46, 3) 34 § 3. 51.

2) Namentlich verlangt der Fall, wo eine dem Vertreter gegebene Vollmachtsurkunde nicht zurückgefordert und alsdann mißbraucht worden, es dem Vertreter alſo durch eigene Schuld des Prinzipals ermöglicht

Digitized by Google

bereits erklärt, so ist der bloß dem Vertreter mitgetheilte Widerruf dem Dritten gegenüber (gewisse Ausnahmen, wie gesagt, vorbehalten) wirkungslos.

Ich habe Ausnahmen vorbehalten. Als solche möchte man zunächst den Fall anzuführen geneigt sein, wo der Dritte, ohne daß ihm der Widerruf erklärt wurde, doch auf anderem Wege um den an den Bevollmächtigten erfolgten Widerruf wußte oder wissen mußte. In der That wird der Widerruf hier relativ wirksam, aber nur relativ. Der Fall steht ganz demjenigen gleich, wo der Dritte, dem eine Vollmacht unbeschränkt erklärt ist, von einer einschränkenden Instruktion Kenntniß hat oder haben muß [1]). Das heißt: der Dritte, der, trotzdem er um einen solchen Widerruf der Vollmacht weiß oder wissen muß, sich mit dem Vertreter auf Geschäfte namens des Prinzipals eingelassen hat, kann zwar aus solchen Geschäften keine Rechte, insbesondere keine Ansprüche wider den Prinzipal ableiten, muß aber *gegen* sich die Vollmacht als fortbestehend gelten lassen. Gesetzt z. B., ein Handlungshaus, das in einer auswärtigen Stadt einen Vertreter hat, hätte ihm gegenüber die Vollmacht zurückgezogen, dieser aber, auf Einverständniß des Prinzipals hoffend, gleichwohl noch, unter Verschweigung dieses Widerrufs, ein für das Haus vortheilhaftes Geschäft in dessen Namen mit einem Dritten abgeschlossen, der zufällig durch Indiskretion eines Angestellten von dem Widerrufsbrief Kenntniß erhalten hatte, dies aber seinerseits dem Vertreter verschwieg: so würde m. E. der Prinzipal aus diesem Geschäft klagen können, ohne daß es einer Genehmigung gegenüber dem Dritten bedürfte, und selbst wenn das Geschäft dem Vertreter gegenüber ausdrücklich mißbilligt

worden ist, sich in seiner angeblichen Boteneigenschaft zu legitimiren, besondere Beurtheilung. Vgl. rev. Entw. § 141 Abs. 2, R.O.H.G., Bd. 16 Nr. 84.

1) S. oben S. 24 fg.

Digitized by Google

worden wäre. Der Dritte dagegen hätte Klagerecht nur nach Maßgabe von D. (19, 1) 13 § 27, 28, d. h. er könnte nur eine Erklärung des Prinzipals darüber verlangen, ob er das Geschäft gelten lassen wolle oder nicht.

Die obigen Sätze werden vielleicht von Niemandem bestritten werden. Sie werden aber oft in einer Form vorgetragen, die Bedenken erregen muß. Dahin gehört es, wenn z. B. Windscheid [1]) sagt: „die Vollmacht ... kann frei zurückgenommen werden; ist aber die Bevollmächtigung dem Dritten gegenüber oder öffentlich erklärt worden, so kann das Erlöschen der Vollmacht dem Dritten, welcher in unverschuldeter Unkenntniß das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, nicht zu seinem Schaden entgegengesetzt werden." Hier wird offenbar als die normale Form des wirksamen Widerrufs der dem Bevollmächtigten gegenüber vorausgesetzt, während dieser, wie wir gesehen haben, an sich der Regel nach die Vertretungsmacht gar nicht berührt; die Unwirksamkeit dem ohne seine Schuld unkundigen Dritten gegenüber wird nur als eine Art Billigkeitsausnahme hingestellt, und man könnte versucht sein, per argumentum e contrario zu schließen, daß der Dritte bei unverschuldeter Unkenntniß, wenn ihm der Widerruf auch nicht zu seinem Nachtheil entgegengesetzt werden könne, sich doch zu seinem Vortheil darauf berufen dürfe, daß also der ihm unbekannt gebliebene Widerruf zwar nicht gegen ihn, aber doch für ihn wirke. Dieser Schluß wäre jedenfalls ein Fehlschluß. Bleiben wir bei dem letztangeführten Beispiel und nehmen wir an, der Vertreter, dessen Vollmacht ihm gegenüber zurückgezogen war, habe mit einem dieser Thatsache unkundigen Dritten noch namens des Prinzipals kontrahirt, so ist m. E. das Geschäft unzweifelhaft für beide Theile vollgültig zu Stande

1) Pand. § 74. Ganz ähnlich Mitteis a. a. O. S. 199.

Digitized by Google

gekommen: der Dritte kann ſich auf den ihm unbekannt gebliebenen Widerruf ebenſo wenig berufen, wie der Prinzipal. Der Vertreter kann die beſten Gründe haben, den Widerruf, der vielleicht den Intereſſen des Prinzipals gar nicht entſpricht, auf eigene Verantwortung bei Seite zu ſetzen: woher ſoll dem Dritten, der etwa Wochen nachher von dem inzwiſchen längſt wieder zurückgenommenen Widerruf erfährt, das Recht kommen, ihn dem Prinzipal entgegenzuhalten?

Wirkliche Ausnahmen von der Regel, daß der Widerruf, um wirkſam zu ſein, dem Dritten erklärt ſein muß, finden wir dagegen in folgenden zwei Fällen. Einmal: die bloß durch öffentliche Bekanntmachung kundgegebene Vollmacht kann durch ſolche Jedem gegenüber ſtets auch wirkſam widerrufen werden [1]). Sodann: wer ſeine Kenntniß der Vollmacht bloß einer Mittheilung des Vertreters ſelbſt verdankt, die durch keinerlei urkundliche oder ſonſtige Erklärung des Prinzipals beglaubigt war, wer alſo dem Vertreter auf eigene Gefahr Vertrauen geſchenkt hat, der glaubt dem Vertreter auch die Fortdauer der Vollmacht auf eigene Gefahr; hier wirkt alſo allerdings der dem Vertreter erklärte Widerruf auch dem Dritten gegenüber [2]). Beiden Ausnahmen liegt der gleiche Gedanke zu Grunde: daß nämlich der Prinzipal behufs Uebermittelung des Widerrufs keinen anderen Weg zu beſchreiten braucht, als den, auf welchem die Vollmachterklärung ſelbſt übermittelt wurde. Und zwar bedeutet dies auch in dem zweiten Fall nicht nur daß der Prinzipal ſich gegen den Dritten auf den bloß

1) Für den Widerruf der Ermächtigung des institor iſt dies ausgeſprochen in D. (14, 3) 11 § 2, 3 und von da auf den Widerruf der Vollmacht übertragen worden. Der rev. Entw. § 140 Abſ. 2 hat den Satz recipirt.

2) Sehr gut iſt dies ausgeführt in dem Erkenntniß des R.O.H.G. Bd. 22 S. 374 f. Vgl. den rev. Entw. § 138 und arg. § 139—141.

dem Vertreter erklärten Widerruf berufen darf, ſondern auch, daß dies der Dritte ſeinerſeits gegen den Prinzipal darf. Die Billigkeit verlangt hier, daß, wenn der Prinzipal von dem Dritten an den mit dem angeblichen Vertreter zu Stande gekommenen Geſchäften nicht feſtgehalten werden kann, er auch den Dritten daran nicht feſthalten könne; der Dritte hat ſich ja hier nicht anders verhalten, als er nach dem früheren Verfahren des Prinzipals ſich zu verhalten Urſache hatte.

Mit der Frage, wem gegenüber der Widerruf der Vollmacht zu erklären iſt, hängt die andere, neuerdings hie und da ventilirte Frage, ob Vollmachten überhaupt nur widerruflich oder ob und in welchem Sinne ſie unwiderruflich ertheilt werden können, aufs engſte zuſammen; auch ſie findet vom Standpunkte unſerer Auffaſſung aus ihre befriedigende Beantwortung.

Der erſte Entwurf des B.G.B. § 119 Abſ. 1 ſtellte den abſoluten Satz auf: die Vollmacht iſt widerruflich. Der revidirte Entwurf, durch die Kritik[1]) beeinflußt, verwandelt den Satz in einen dispoſitiven: die Vollmacht iſt nach § 138 Abſ. 1 nur dann widerruflich, wenn ſich nicht aus dem ihrer Ertheilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniſſe ein Anderes ergiebt. Gemeint iſt das Rechtsverhältniß zwiſchen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Ich vermag auch in dieſer veränderten Beſtimmung keine ſachgemäße Regelung der Frage zu erkennen. Man muß m. E. ſcharf unterſcheiden, zwiſchen welchen Parteien die Unwiderruflichkeit vereinbart iſt.

Da die wahre Adreſſe der Vollmachtserklärung der betheiligte Dritte iſt, ſo verſteht ſich, daß eine Vereinbarung über die Unwiderruflichkeit der Vollmacht mit unmittelbarer Wirk-

1) Zitelmann, Die Rechtsgeſchäfte im Entw. eines bürg. G.B., Bd. 2 S. 88, Bähr, Krit. Vierteljſchr., Bd. 30 S. 340 f., Hölder, Arch. f. civ. Pr., Bd. 73 S. 117.

ſamkeit nur zwiſchen dem Vollmachtgeber und eben dieſem Dritten getroffen werden kann. Die Gültigkeit einer ſolchen Vereinbarung aber kann offenbar nicht abhängig ſein von der Natur des Rechtsverhältniſſes zwiſchen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Sie iſt lediglich abhängig von den allgemeinen Gültigkeitserforderniſſen der Verträge überhaupt. Auf dieſe hier, gewiſſermaßen incidenter, des Näheren einzugehen, muß ich mir verſagen; nur ſo viel bemerke ich, daß m. E. dahin ein konkretes irgendwie geartetes ſchutzwürdiges Intereſſe des zu Berechtigenden nicht gehört; wohl aber kann gültiger Vertrag nur ein ſolcher ſein, bei dem typiſcher Weiſe ein ſchutzwürdiges Intereſſe des zu Berechtigenden vorhanden zu ſein pflegt und alſo vorauszuſetzen iſt. Schon von dieſem Geſichtspunkt aus würde, wie mir ſcheint, z. B. ein Vertrag mit einem Dritten, wodurch Jemand dieſem gegenüber eine einem Andern ertheilte Generalvollmacht für unwiderruflich erklären würde, als ungültig betrachtet werden müſſen; an der Ueberantwortung unſeres ganzen Vermögens in die Willkür eines Anderen hat normaler Weiſe kein Dritter ein ſchutzwürdiges Intereſſe. Anders wird dagegen die Sache ſehr häufig bei Vollmachten enger begrenzten Inhalts liegen. So hat z. B. das O.A.G. Lübeck (bei Seuffert, Bd. 24 S. 439 f.) mit Recht die unwiderrufliche Ertheilung einer Zuſtellungsvollmacht als möglich anerkannt. Desgleichen wird in der Beifügung eines solutionis causa adiectus regelmäßig [1]) nichts als die unwiderrufliche Ertheilung einer Inkaſſovollmacht zu erblicken ſein. Wenn es ferner möglich iſt, für die erſt noch zu kontrahirende Schuld eines Anderen im voraus die Bürgſchaft zu übernehmen, ſo iſt nicht abzuſehen, warum eine Interceſſion nicht auch in der Weiſe

1) Nämlich überall da, wo der solutionis causa adiectus, um die Schuld zum Erlöſchen zu bringen, im Namen des Gläubigers empfangen muß

Digitized by Google

möglich sein sollte, daß der Intercedent mit dem eventuellen Gläubiger vereinbart, der Andere solle unwiderruflich bevollmächtigt sein, während bestimmter Zeit in seinem, des Intercedenten, Namen bei Jenem Darlehen bis zu näher angegebenem Belaufe aufzunehmen. Die Beispiele ließen sich leicht vermehren.

Ganz anders als die Unwiderruflichkeitsvereinbarung mit dem betheiligten Dritten ist die mit dem Bevollmächtigten selbst zu beurtheilen[1]). Für die Gültigkeit oder Ungültigkeit dieser ist in der That, wie E[2] will, das Rechtsverhältniß zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem maßgebend. Ist die Vollmacht lediglich im Interesse des Ersteren ertheilt, so schafft sie „eine Vertrauensstellung, die mit dem Vertrauen, auf dem sie beruht, endigen muß“[2]); ein Vertrag, der sie unwiderruflich erklärt, wäre nichtig. Ist dagegen die Vollmacht im Interesse des Bevollmächtigten oder doch *auch* in dessen Interesse ertheilt, so ist ein Vertrag zwischen diesem und dem Vollmachtgeber, der ihre Unwiderruflichkeit festsetzt, zwar nicht unter allen, aber doch unter gewissen Umständen bindend[3]). Nicht unter allen Umständen: denn auch hier erscheint die Vollmacht mitunter als bloßer Ausdruck eines Vertrauens, dessen Fortdauer nicht erzwungen werden darf. Wenn z. B. Jemand einem Anderen Generalvollmacht oder allgemeine Voll-

1) Welcher von beiden Fällen vorliegt, wird in der Regel leicht zu entscheiden sein. Aus dem bloßen Umstand, daß die Vollmacht in der etwaigen Vollmachtsurkunde als unwiderruflich bezeichnet ist, darf selbstverständlich nicht gefolgert werden, daß eine Vereinbarung darüber mit dem betheiligten Dritten beabsichtigt ist, geschweige denn, daß sie stattgefunden hat.

2) Motive zum Entw. I, S. 233, die aber diesen Charakter irrig *jeder* Vollmacht beimessen.

3) Zuweit gehen m. E., mindestens dem Ausdruck nach, Zitelmann und Bähr an den S. 34 Anm. 1 angef. Orten.

macht für Darlehnsaufnahmen giebt, damit dieser sich das zur Führung seiner Geschäfte nöthige Geld verschaffen könne, so ist das gewiß eine Vollmacht im Interesse des Vollmachtnehmers; dennoch würde ich die Unwiderruflichkeitsvereinbarung für ungültig halten. Gültig aber ist sie m. E. einmal dann, wenn die Ertheilung der Vollmacht lediglich die Form einer Vermögenszuwendung ist, die unwiderruflich auch auf anderem Wege gemacht werden könnte [1]), und weiter dann, wenn die Gefahr, die der Vollmachtgeber durch die Unwiderruflichkeit der Vollmacht läuft, durch Gegenleistungen des Vollmachtnehmers aufgewogen wird. In die erste Kategorie gehört z. B. der so häufige Fall, daß Jemand Vollmacht zur Einziehung einer Forderung erhält, damit er die eingezogenen Beträge behalte [2]); in die zweite z. B. die dem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ertheilte Vollmacht zum Kontrahiren im Namen der Sozietät [3]).

Wenn ich nun aber von Wirksamkeit der Unwiderruflichkeitsklausel in diesen Fällen spreche, so ist doch diese Wirk-

1) R.G., Bd. 27 S. 37.

2) Vgl. den Rechtsfall, R.G., Bd. 30 S. 123 f., auch Bd. 31 S. 164 f.

3) Denn „der bevollmächtigte Socius bedarf, um die Geschäfte in einer ihm ersprießlichen Weise führen zu können, der Dispositionsmacht über Vermögen der anderen Socii" (Zitelmann, a. a. O. S. 90). Dagegen würde z. B. ein Vertrag, wodurch Jemand unwiderrufliche Incassovollmacht unter Provisionszusicherung empfängt, nicht hierher gehören; hier hat der Bevollmächtigte kein Interesse am Fortbestand der Vollmacht, sondern nur an der Gegenleistung für die übernommene Führung der fremden Geschäfte; wird ihm letztere durch Rücknahme der Vollmacht unmöglich gemacht, so kann er nur auf die Gegenleistung oder das Interesse wegen dieser klagen, vgl. Seuffert, Bd. 3 Nr. 49, Bd. 34 S. 299 unten. Desgleichen würde aus einem Vertrag, wodurch sich Jemand einem Anderen verpflichtet, ihn als Prokuristen anzustellen, dieser nur auf den etwa zugesagten Gehalt, nicht aber auf Ertheilung der Prokura klagen können. Vgl. auch R.G., Bd. 27 Nr. 9.

Digitized by Google

samkeit ganz anders zu verstehen, als die der gleichen Vereinbarung zwischen dem Vollmachtgeber und dem betheiligten Dritten. Es ist eine Wirksamkeit unter den vertragschließenden Parteien — Vollmachtgeber und -nehmer, nicht aber dem betheiligten Dritten gegenüber. Der in Widerspruch mit der Vereinbarung dem Dritten erklärte Widerruf bleibt gültig und hebt die Vollmacht auf, aus dem einfachen Grund, weil das Rechtsverhältniß des Prinzipals zu dem Dritten nach dessen diesem Dritten abgegebenen Erklärungen beurtheilt werden muß und durch den Vertrag mit dem Bevollmächtigten nicht berührt wird. Man kann durch Vertrag nicht mit objektiver Wirkung auf die Dritten gegenüber bestehende Handlungsfreiheit verzichten; trotz des Vertrags wird der Dritte den Prinzipal an den Erklärungen, die dieser ihm abgegeben hat, festhalten und auch von ihm daran festgehalten werden können. So steht daher insbesondere die bloße Vollmacht, eine Forderung für eigene Rechnung einzuziehen, auch wenn sie mit der Klausel der Unwiderruflichkeit ertheilt ist, der wirklichen Cession keineswegs gleich. Wer die Forderung cedirt, entäußert sich seines Rechts, und das wirkt natürlich auch dem Drittschuldner gegenüber. Wer die bloße Vollmacht in rem suam ertheilt, behält sich sein Recht dem Dritten gegenüber vor und ermächtigt den Anderen bloß zu dessen Geltendmachung; für wessen Rechnung diese Geltendmachung erfolgen soll, ist etwas, was wohl den Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, nicht aber den Dritten interessirt und ihm gegenüber daher auch keinen Unterschied in der Widerruflichkeitsfrage begründen sollte. Dies war bekanntlich der Standpunkt des älteren römischen Rechts, wonach nicht nur das mandatum in rem suam beliebig widerrufen werden konnte, sondern auch der Mandatar den Mandanten nicht durch bloße Denuntiation von der eigenen Geltendmachung der Forderung auszuschließen vermochte. M. E. müssen wir heute auf

Digitized by Google

dieſen allein konſequenten Standpunkt zurückkehren [1]). Wenn das ſpätere römiſche Recht ihn durch Zulaſſung der Denuntiation durchbrochen hat [2]), ſo iſt das, wie ich glaube, lediglich eine Folge der geſchichtlichen Entwickelung des Ceſſionsinſtituts, die es mit ſich brachte, daß man in dem mandatum agendi nur einfach die Form erblickte, worin der eigentlich auf Uebertragung der Forderung gerichtete Wille ſich praktiſch verwirklichte. Wir Modernen aber haben gar keine Veranlaſſung, die Augen vor der Differenz zu verſchließen, die zwiſchen dem Ceſſionswillen und dem bloßem Bevollmächtigungswillen, ſei es auch in rem suam, beſteht [3]). Selbſtverſtändlich bin ich daher auch weiter der Meinung, daß von mehreren Bevollmächtigten in rem suam keiner den anderen durch Denuntiation zu präkludiren vermag, und daß es durchaus unzuläſſig wäre, eine als ſolche beabſichtigte Bevollmächtigung in rem suam in eine Ceſſion zu konvertiren, oder umgekehrt [4]).

1) Ganz entgegengeſetzt Ihering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 2 S. 131 f.

2) In C. (8, 41) 3 iſt die Erwähnung der Denuntiation höchſt wahrſcheinlich Interpolation, Bähr, Jahrb. f. Dogm., Bd. 1 S. 379.

3) Was ich hier von der Unwirkſamkeit der bloßen Denuntiation ausführe, darf aber m. E. nicht etwa auf den Fall erſtreckt werden, wo der Schuldner dem in rem suam Bevollmächtigten für deſſen eigene Rechnung einen Schuldſchein ausgeſtellt oder ſonſt rechtsverbindlich promittirt hat. Zur Entgegennahme eines ſolchen Verſprechens hat der Gläubiger den Vertreter dadurch, daß er die Vollmacht in rem suam ausſtellte, legitimirt, und er kann den Dritten, der ſich dem entſprechend dem Vertreter gebunden hat, ex bona fide nicht mehr anderweit in Anſpruch nehmen, ſo wenig wie wenn er dem Vertreter bereits Zahlung geleiſtet hätte.

4) Vgl. R.G. Bd. 31 S. 164 ff. Bemerkenswerth iſt aus dieſem Erkenntniß des R.G. namentlich die Ausführung auf S. 166: „In Wirklichkeit wäre eben durch ein ſolches mandatum in rem suam, welches als Ceſſion nicht gelten dürfte, dem „Ceſſionar" oder „Mandatar" noch kein nach Art eines dinglichen wirkendes Recht ins Vermögen übertragen, wie das allerdings bei einer rechtswirkſamen Ceſſion der Fall iſt; ſondern er hätte nichts weiter dadurch erworben, als einen perſönlichen

Die Wirksamkeit unserer Unwiderruflichkeitsklausel besteht nur unter denen, die sie vereinbart haben — Vollmachtgeber und -nehmer: sie begründet eine obligatorische Verpflichtung des Vollmachtgebers, die Vollmacht nicht zu widerrufen. Wegen Bruchs dieser Verpflichtung kann auf Schadenersatz geklagt werden, ebenso aber auch auf Erfüllung, d. h. Rücknahme des vertragswidrig erfolgten Widerrufs oder Neuertheilung der Vollmacht. Schwierigkeit macht freilich im letzten Fall die Vollstreckungsfrage. Mitteis[1]) zieht hier § 779 der C.P.O. heran:

„Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat."

Hiernach ersetze das Urtheil die Vollmacht, und damit seien praktisch die Wirkungen der Unwiderruflichkeit (auch dem Dritten gegenüber) hergestellt. Ich halte dies nicht für zutreffend. Das Urtheil wirkt nur unter den Parteien, und auch § 779 hat sicherlich keine andere Bedeutung, als daß die Willenserklärung, zu deren Abgabe rechtskräftig verurtheilt ist, unter den Parteien als abgegeben gelten soll. An sich selbst also hat ein derartiges Urtheil Dritten gegenüber überhaupt gar keine Wirkung; und wenn der Sieger das Urtheil einem Dritten mittheilt, so hat dies keine andere Wirkung, als wenn er eine ihm, dem Kläger, selber wirklich abgegebene Vollmachtserklärung dem Dritten übermittelt hätte. Ist letztere dem Dritten gegenüber widerruflich, so ist es auch die auf dem Urtheil beruhende Vertretungsmacht. So wenig wie der Vertrag mit dem Bevollmächtigten, so wenig kann das Urtheil

---

Anspruch gegen den „Cedenten" oder „Mandanten", ihn ungestört einkassiren zu lassen . . ."

1) Stellvertretung, S. 204.

den Vollmachtgeber seiner Handlungsfreiheit Dritten gegenüber berauben. Die gegentheilige Annahme würde m. E. auch sehr unzweckmäßige Konsequenzen haben. Man beachte wohl, daß auch die vertragsmäßig unwiderrufliche Vollmacht dennoch aus bestimmten Gründen jedenfalls widerrufen werden darf, z. B. dem Vollmachtgeber ist nachträglich die Widerrufsbefugniß wieder eingeräumt worden, oder Jemand hat einem Andern Vollmacht in rem suam zur Einziehung einer Forderung in dem irrthümlichen Glauben ertheilt, ihm deren Betrag zu schulden, oder der Socius, der Vollmacht zur Führung der Gesellschaftsgeschäfte hat, begeht Unredlichkeiten u. dgl. m. Wie soll nun der Prinzipal, wenn sein einfacher Widerruf dem Urtheil gegenüber unwirksam ist, derartige Widerrufsgründe dem Dritten gegenüber geltend machen? Soll etwa der Prinzipal, damit der Widerruf wirksam sei, den Widerrufsgrund dem Dritten beweisen müssen? Er wird sehr oft, um sich vor Schaden zu hüten, dazu sich die Zeit nicht nehmen dürfen. Andererseits kann die bloße Behauptung, daß ein Widerrufsgrund vorhanden sei, nicht ausreichen, um die in dem Urtheil liegende Legitimation, wenn sie wirklich darin liegt, zu zerstören. Oder soll diese bloße Behauptung wenigstens dazu ausreichen, daß der Dritte, wenn er sich trotzdem mit dem Bevollmächtigten einläßt, dies auf seine Gefahr thut? Ist es sachgemäß, den Dritten zu zwingen, sich um diese Interna des Rechtsverhältnisses zwischen Prinzipal und Bevollmächtigtem zu kümmern [1])? Wenn nun § 779 der C.P.O. hier unanwendbar ist, so ergiebt sich, daß die Vollstreckung des uns beschäftigenden Urtheils — als eines Urtheils, das auf Vor-

1) Die obigen Bedenken lassen es m. E. auch unzweckmäßig erscheinen, den Widerruf gewisser Vollmachten durch Gesetz an Gründe zu binden. In § 655 des rev. Entw. z. B. würde ich empfehlen, das Wörtchen „kann“ durch „darf“ zu ersetzen.

Digitized by Google

nahme einer Handlung geht, die durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann, — nur nach Maßgabe des § 774 der C.P.O., d. h. im Weg der Erkennung von Geld- oder Haftstrafen, erfolgen kann.

II. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Für den Besitzerwerb durch Stellvertreter hatte Ihering, in seiner Abhandlung über die Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte[1]), wenigstens was den Fall der Tradition angeht, die Meinung verfochten, daß der Stellvertreter nur dann unmittelbar dem Prinzipal den Besitz erwerbe, wenn er dem Tradenten gegenüber als Stellvertreter hervorgetreten sei, also im Namen des Prinzipals gehandelt habe. Diese Ansicht darf seit ihrer Widerlegung durch J. Bremer[2]) wohl als allgemein aufgegeben gelten[3]); Ihering selbst hat

1) Jahrb. f. Dogm., Bd. 1 S. 324 ff.

2) Ztschr. f. Civ. Pr. u. Proz., N. F. Bd. 20 S. 45 ff. Wesentlich auf Bremer's Standpunkt steht übrigens schon Pucha, De dom. rer. per proc. adquir. (1842), Kl. civil. Schr. S. 565 (ebenso Vorlesungen, § 148 a. E.).

3) Erklärung des Vertreterwillens fordert allerdings auch Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, Bd. 2 S. 212 ff. Allein er versteht darunter etwas ganz Anderes als Ihering. Nach ihm (S. 233 ff.) genügt dazu, daß „das Ergreifen der Sache offenbar zum Kreise der Geschäfte des Dritten gehört, in Verwaltung fremder geschäftlicher Angelegenheiten erfolgt", auch wenn der Prokurator dem Tradenten gegenüber nicht als Vertreter hervorgetreten ist. Mir scheint dies Kriterium viel zu unbestimmt und unklar, als daß darin die Lösung der Streitfrage erblickt werden könnte. Pininski ist m. E. auf halbem Wege stehen geblieben: konsequent hätte er zur Verwerfung der Willenstheorie in aller und jeder Gestalt gelangen müssen. Eine eingehende Kritik seiner Erörterungen, die sehr viel Beachtenswerthes enthalten, versage ich mir, da sie in größerer Breite erfolgen müßte, als dem Zweck dieser Abhandlung gemäß wäre, deren Ergebnisse für sich selber sprechen müssen.

Digitized by Google

ſie in ſeinem Buch über den Beſitzwillen fallen laſſen. Herrſchend iſt heute ſowohl in der Literatur wie in der Praxis die Theorie Bremer's, wonach für die Richtung des Beſitzerwerbs und, ſoweit der Eigenthumserwerb durch den Beſitzerwerb vermittelt wird, auch des Eigenthumserwerbs als Regel maßgebend iſt nicht der dem Tradenten zu erkennen gegebene, ſondern der aus den Umſtänden zu ermittelnde innere Wille des Stellvertreters [1]).

In der That hat Bremer nicht nur gezeigt, daß die von ihm bekämpfte Theorie zu praktiſch unerträglichen Ergebniſſen führt, ſondern weiter auch, daß ſie jeder inneren Begründung entbehrt. Den Beſitz- und Eigenthumserwerb des Prinzipals davon abhängig machen, daß der Vertreter dem Tradenten ſeine Vertreterqualität kundgegeben habe, hätte nur dann einen Sinn, wenn der Tradent ein Intereſſe an der Frage hätte, wer Beſitz und Eigenthum von ihm erwirbt. Dem Tradenten iſt aber in der Regel an der Perſon des Erwerbers nichts gelegen. Wohl liegt dem Verkäufer an der Perſon des Käufers, aber nur um des obligatoriſchen Verhältniſſes willen; ob dieſer Käufer die tradirte Waare für ſich oder für einen Anderen zu Beſitz und Eigenthum erwirbt, kann

1) Vgl. aus der Literatur Arndts, Pand. § 145 Anm. 3, Bangerow, Pand. § 311 Anm. 1, Brinz, Pand. (2. Aufl.) § 140 bei N. 17, Windſcheid, Pand. § 155, Dernburg, Pand., Bd. 1 § 180, Wendt, Pand. § 107 bei N. 10, Goldſchmidt, Handelsrecht, Bd. 1 § 66 N. 7, Randa, Beſitz § 20, Exner, Tradition, S. 135, 139 N. 46, Hauſer, Stellvertretung im Beſitze, S. 18 ff., Meiſcheider, Beſitz u. Beſitzſchutz, S. 274, Hellmann, Stellvertretung, S. 100, Mitteis, Stellvertretung, S. 141, P. Hirſch, Prinzipien des Sachbeſitzerwerbes ꝛc. (1892), S. 537 ff., beſ. S. 658 ff. Aus der Praxis unter anderem die Entſcheidungen des R.G., Bd. 11 S. 128, Bd. 24 S. 314, Bd. 30 S. 142, des O.L.G. Braunſchw. bei Seuffert, Bd. 48 Nr. 248, Celle, Bd. 49 Nr. 235, Bd. 50 Nr. 172, München, Bd. 36 Nr. 127, ſ. auch Bd. 34 Nr. 179.

Digitized by Google

ihm vollständig gleichgültig sein. Die körperlichen Sachen sind ja ohnehin Gegenstand eines beständigen Verkehrs, wechseln früher oder später thatsächlich und rechtlich ihren Inhaber: was macht es für den Verkäufer aus, ob der hinter dem Käufer stehende Dritte sofort durch die an den Käufer erfolgte Tradition Besitzer und Eigenthümer wird oder erst durch eine zweite von Seiten des Käufers an ihn zu bewirkende Tradition? Jede Tradition ist also, wie Bremer mit Recht bemerkt, mindestens im Zweifel insofern eine traditio in incertam personam. Hätte aber ausnahmsweise einmal der Tradent ein Interesse daran, daß Besitz und Eigenthum unmittelbar dem Prinzipal erworben werde, und dies als seine Absicht dem Vertreter kundgegeben, so käme nach Bremer dem gegenüber der verschwiegen gebliebene innere Wille des Vertreters allerdings nicht in Betracht: das Geschäft wirke dann nach der Absicht des Tradenten. Wogegen bei offen hervortretendem Dissens des Vertreters ein Eigenthumsübergang überhaupt nicht stattfände [1]).

Ist Bremer's Polemik durchaus zutreffend, so ist nun freilich eine andere Frage die, ob seine eigene Theorie der Kritik Stand hält. Energisch bestritten wurde sie neuerdings von Jhering [2]), nach dessen nunmehriger Meinung die Frage, ob der Vertreter für sich selbst oder für den Prinzipal Besitz erwerbe, eine Frage weder seines erklärten noch seines inneren Willens sein soll, sondern eine bloße Interessenfrage: darauf allein soll es ankommen, ob der Vertreter ein Interesse daran hatte, den Besitz vorerst für sich selber zu erwerben oder nicht. Wir werden uns alsbald auch mit dieser neuesten Auffassung auseinanderzusetzen haben; prüfen wir zunächst die Bremer'sche Theorie auf ihre Haltbarkeit.

1) Bremer a. a O., Bd. 11 S 249 ff.
2) Der Besitzwille (1889), S. 379 f.

Digitized by Google

An äußerer Beglaubigung fehlt es dieser Theorie bekanntlich nicht; sie liegt in der vielbesprochenen Stelle D. (41, 2) 1 § 20:

> Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat, cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is, qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Kein Zweifel: dieser Stelle liegt die Auffassung zu Grunde, daß die Frage, wem der Vertreter den Besitz erwerbe, sich nach seinem Willen entscheide. Allein die Sätze, in denen sich diese Auffassung kundgiebt, haben m. E. bloß die Bedeutung einer theoretischen Konstruktion, eines Versuchs, sich das geltende Recht nach einem allgemeinen Gesichtspunkt zurechtzulegen. Ich bin keineswegs gewillt, deshalb, weil ich diese Konstruktion für falsch halte, etwa das Verdammungsurtheil zu unterschreiben, das Ihering um dieser Stelle willen über Paulus [1]) gefällt hat. Aber so viel scheint mir sicher: sollte sich zeigen, daß jene Konstruktion an ihrer praktischen Unmöglichkeit scheitert, so kann sie den römischen Einzelentscheidungen gegenüber, die wir unten zu betrachten haben werden, nicht ins Gewicht fallen, um so weniger, als der von Paulus gemachte Fehler einer wäre, der bei theoretischen Konstruktionen von Alten und Neueren unendlich oft gemacht wird: daß nämlich Rechtseffekte auf ein bewußtes Wollen des Handelnden zurückgeführt werden, wo doch nur die Umstände derart sind, daß sie den Eintritt

1) Er hätte es übrigens auf den Gewährsmann des Paulus erstrecken müssen; denn die indirekte Rede zeigt, daß Paulus einen anderen uns unbekannten Juristen ausschreibt. Nebenbei: ob nicht der ungelenke zweite Satz der Stelle ein Glossem ist?

Digitized by Google

des Effekts als Folge der Handlung rechtfertigen; was der Handelnde bei Reflexion vernünftiger und redlicher Weise als Effekt seines Handelns wahrscheinlich wollen würde, wird ihm ohne weiteres als gewollt in die Seele geschoben.

Praktisch unmöglich aber ist die Auffassung des Paulus und die darauf gebaute Lehre Bremer's in der That.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß jener nach Bremer maßgebende innere Wille des Vertreters vielfach eine reine Fiktion ist. Bremer sucht — und er führt zu diesem Behuf ein reiches Material vor — jenen inneren Willen in jedem einzelnen Fall aus den Umständen zu erschließen. Aber nicht nur ermöglichen die Umstände in der Regel keinen einigermaßen sichern Schluß darauf, ob der Vertreter unmittelbar für den Prinzipal oder für sich selbst Besitz und Eigenthum habe erwerben wollen: es ist sogar zu behaupten, daß in der Mehrzahl der Fälle der Wille des Vertreters weder auf das eine noch auf das andere geht. Dieser Wille ist vielmehr meistens nur auf den äußeren Vorgang gerichtet: der Vertreter will die Sache an sich nehmen und dann dem Vertretenen abliefern, und darüber, ob mit jenem Ansichnehmen Besitz- und Eigenthumserwerb für ihn selbst oder für den Prinzipal verknüpft ist, macht er sich überhaupt keine Gedanken[1]). Als Beleg für die Richtigkeit des Gesagten mag um seiner praktischen Bedeutung willen der Fall des Einkaufskommissionärs dienen. Ich bin mit Bremer und den Meisten der Meinung, daß der Einkaufskommissionär an den für den Kommittenten gekauften Waaren Besitz und Eigenthum direkt nicht für diesen, sondern für sich selbst erwirbt. Dies sucht nun Bremer durch folgende Ausführung zu

1) Daß dem so ist, ist auch Bremer a. a. O., Bd. 20 S. 34 ff. nicht entgangen; aber er zieht daraus nicht die nothwendigen Folgerungen, sondern stellt, statt die Willenstheorie aufzugeben, in solchen Fällen Willenspräsumtionen auf. Vgl. Pininski a. a. O. S. 219.

Digitized by Google

erweisen. Nach der Stellung, die die Verkehrsbedürfnisse und der Handelsgebrauch dem Kommissionär angewiesen hätten, vertrete derselbe in keiner Beziehung den Kommittenten, wolle er nicht diesem, sondern sich selbst erwerben, erscheine das in Ausführung des ertheilten Auftrags besorgte Geschäft nach allen Richtungen als ein negotium suum, nicht alienum (daß dies auch für den Besitzerwerb zutreffe, soll ja aber gerade bewiesen, darf also nicht vorausgesetzt werden); der Auftrag selbst, der Wille des Kommittenten, sei nicht auf die einzelnen Handlungen gerichtet, die der Kommissionär behufs Herbeischaffung der Waare vorzunehmen habe, sondern nur auf das schließliche Resultat, die Lieferung (dies ist nicht richtig — der Auftrag geht auf Einkauf, nicht auf Lieferung; das aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Kommissionär eingeräumte Recht des Selbsteintritts vermag daran nichts zu ändern). Der Kommissionär sei weder bei dem Abschluß des Kaufs noch beim Empfang der Waare „procurator", sondern bloß Mandatar und zwar im Sinne des älteren römischen Rechts (wieder nicht Beweis, sondern Wiederholung des thema probandum). Der Umstand, daß er zum Ankauf der Waare durch einen Auftrag bestimmt werde, schließe den eigenen Besitzwillen nicht aus (postulirt ihn aber jedenfalls ebensowenig). Er schließe die Verträge immer in eigenem Namen ab, hafte lediglich in eigener Person dem Verkäufer, während er zur Zeit des Empfangs meistens noch keine Deckung von dem Kommittenten habe; er sei der Zurückweisung der Waare von Seiten des Kommittenten ausgesetzt. Dazu komme noch, daß der Kommissionär häufig gleichartige Aufträge zu derselben Zeit von mehreren Kommittenten empfange, die er dann zusammen durch *einen* größeren Kauf erledige, überhaupt oft in anderen Quantitäten ankaufen und verkaufen müsse, als der einzelne Kommittent begehre, auch in Erwartung von Aufträgen im

Digitized by Google

voraus ankaufe und dann aus eigenem Lager liefere. Zieht man von Obigem die Sätze ab, die nur in Voraussetzung des erst noch zu Erweisenden bestehen, so bleiben als Momente, die eine ernsthafte Erwägung verdienen, die letztangeführten übrig, und es soll gar nicht bestritten werden, daß diese Momente ausreichen, um eine Gesetzgebung, die beim Kommissionseinkauf unterschiedslos direkten Besitzerwerb des Prinzipals statuiren würde, als höchst unzweckmäßig erscheinen zu lassen. Aber hier handelt es sich nicht um diese, sondern um die ganz andere Frage, ob jene Momente einen Schluß auf die Willensrichtung des Kommissionärs gestatten. Die Möglichkeit, daß der Kommittent die gekaufte Waare zurückweisen könnte, hat mit der Frage des Besitzwillens des Kommissionärs überhaupt keinen erkennbaren Zusammenhang. Was sodann den Fall angeht, daß der Kommissionär für mehrere Kommittenten zusammen oder daß er spekulationsweise ohne Auftrag einkauft, so wird er beim Besitzerwerb freilich nicht wohl den Willen des direkten Stellvertreters haben können — hier ist aber Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommittenten auch schon aus anderen auf der Hand liegenden Gründen ausgeschlossen —; was soll aber daraus für solche Fälle folgen, wo der Kommissionär genau die ihm aufgetragene Quantität oder Spezies [1]) gekauft und tradirt erhalten hatte? Wenn ferner der Kommissionär beim Einkauf keine Deckung hat, so wird er, falls er an die Möglichkeit eines Konkurses des Kommittenten denkt, gewiß wünschen und wollen, daß die eingekaufte Waare eventuell nicht solle zur Konkursmasse gezogen werden können. Aber ein Schluß auf seinen animus rem sibi habendi wäre

1) In der That nimmt denn auch Grünhut (Recht des Kommissionshandels S. 431, Endemann's Handbuch des Handelsr., Bd. 3 S. 248), wenn der Auftrag des Kommissionärs auf Einkauf einer individuell bestimmten Sache ging, direkten Besitz- und Eigenthumserwerb des Kommittenten an.

Digitized by Google

ſelbſt in dieſem Fall nur gerechtfertigt, wenn man vorausſetzen dürfte, daß er Kenntniß davon hätte, welche beſonderen Rechte ihm die Stellung als Eigenthümer im Konkurſe des Kommittenten verleiht, welche Vorzüge dieſe Stellung z. B. vor der des Pfandgläubigers hat. Und denkt denn der Kommiſſionär regelmäßig an die Eventualität des Konkurſes ſeines Auftraggebers? Wenn er keine Deckung hat, führt er, möchte ich annehmen, die Kommiſſion gewöhnlich nicht deshalb aus, weil er ſeine Deckung in der gekauften Waare ſieht, ſondern deshalb, weil er dem Kommittenten auch ohne Deckung volles Vertrauen ſchenkt. Was braucht dem Kommiſſionär eines Welthauſes, deſſen Kredit über allen Zweifel erhaben iſt, daran zu liegen, wem er Beſitz und Eigenthum erwirbt! Und weiter. Der Kommiſſionär kann ja Deckung haben, — nimmt dann ſein Wille eine andere Richtung? Und modifizirt er ſich wieder, je nachdem die Deckung eine mehr oder weniger ſichere iſt, z. B. in mehr oder weniger ſicheren Wechſeln beſteht? Man ſieht, ſowie man es mit der Forſchung nach dem Beſitzwillen des Kommiſſionärs ernſt nimmt, verliert man ſich in ein Nebelmeer der Ungewißheit. Ein junger Freund von mir, ein Hamburger, der als Prüfungsaufgabe das Thema „Beſitzerwerb durch Stellvertreter" erhalten hatte, hat einmal die Probe auf das Exempel gemacht. Er hielt Umfrage bei einer Reihe ihm bekannter Hamburger Kommiſſionäre, ob ſie bei Ausführung ihrer Kommiſſionen den Willen hätten, das Eigenthum am Kommiſſionsgut für ſich oder für den Kommittenten zu erwerben. Die einſtimmige Antwort aller Befragten ging dahin, daß ſie ſich außer Stande ſähen, die Frage zu beantworten. Ihr Wille gehe dahin, die Kommiſſion auszuführen. Die Eigenthumsfrage zu entſcheiden, ſei nicht ihre, ſondern der Juriſten Sache.

Indes, wir wollen einmal annehmen, daß es in der

Digitized by Google

Mehrzahl der Fälle möglich wäre, die Richtung des Besitzwillens des Vertreters mit annähernder Sicherheit zu ermitteln: ist dieser irgendwie erkennbar gewordene Wille ein Moment, das die Rechtsordnung verständiger und erträglicher Weise für die Besitz- und Eigenthumsfrage maßgebend erklären kann? Der Inhalt der römischen Quellen wird uns später noch beschäftigen; hier soll nur untersucht werden, ob eine derartige Regelung den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs entsprechen würde. Nach B. käme nicht einmal darauf etwas an, ob der Vertreter seinen Willen durch die Art seiner Kundgebung dem Prinzipal gegenüber gebunden hat. Wie nun, wenn dies nicht der Fall ist? Vielleicht hat der Vertreter seinen Willen, für den Prinzipal zu erwerben, nur durch eine private Niederschrift zu erkennen gegeben, die Dritte nichts angeht und in jedem Augenblick vernichtet werden kann, ohne daß sich irgend Jemand darum kümmert, z. B. durch Niederschrift auf ein Blatt Papier, das er in seinen Schreibtisch legt. Durch eine derartige Erklärung fühlt sich m. E. Niemand gebunden; kein Mensch hat das Bewußtsein, daß er, wenn er solchen Falls nachträglich seinen Willen ändert und diese Aenderung durch die That zum Ausdruck bringt, dadurch in fremdes Rechtsgebiet eingreift. Und doch würde, wenn Bremer's Theorie richtig wäre, ein solcher Eingriff zweifellos vorliegen. Ein sehr instruktiver Fall aus den Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 24 S. 307 ff.) mag das Gesagte illustriren. Läßt man aus dem dort mitgetheilten Thatbestand einige komplizirende Umstände weg, so handelt es sich um Folgendes. Einem Kommissionär ist ein Posten Aktien zum Verkauf übergeben und von ihm per ultimo verkauft worden. Vor Ultimo und also vor der Tradition und der Preiszahlung stirbt der Kommissionär. Seine Erben lassen den Stand des Geschäfts untersuchen und finden eine Unterbilanz. Sie wollen nun einerseits nicht sofort

Digitized by Google

die Insolvenz erklären, andererseits sich aber auch Niemandem verantwortlich machen. Von diesem Gesichtspunkt aus tradiren sie gleich nach Ultimo dem Käufer die Aktien; das dafür empfangene Geld aber verpacken und versiegeln sie und versehen den Pack mit der Aufschrift: „Herrn W. Günther (der Name des Kommittenten) 10683 Mark. Erlös für am 21. Juli cr. verkaufte .... Aktien à 69 Prozent geliefert am 1. August 1887". Nach der Begründung des reichsgerichtlichen Urtheils würde der Kommittent Eigenthümer des versiegelten Geldes geworden sein, weil bei solchem Thatbestand die Erben des Kommissionärs augenscheinlich den Willen hatten, den Besitz für den Kommittenten zu erwerben, und er könnte es aus der Konkursmasse vindiciren. Sollte diese Deduktion wirklich zutreffen? Es kann — so nahe die scheinbaren Billigkeitsgründe liegen, die das reichsgerichtliche Urtheil mit bestimmt haben mögen, — unmöglich von dem bloßen Willen des zahlungsunfähigen Kommissionärs oder seiner Erben abhängen, ob die Gelder, die sie in Erledigung verschiedener Kommissionen in Empfang nehmen, ihr Eigenthum werden (und also in die künftige Konkursmasse fallen) oder Eigenthum der einzelnen Kommittenten. Eine derartige Ordnung der Dinge, bei der es ganz im Belieben des Kommissionärs läge, den einen Kommittenten zum Eigenthümer zu machen, den anderen nicht, wäre m. E. das Gegentheil der Billigkeit. Selbst dann liegt die Sache nicht anders, wenn der Kommissionär dritten Unbetheiligten seine Absichten kundgegeben hat. Was aber die Einsiegelung des Geldes und die Aufschrift angeht, so kann diese allerdings erheblich dann werden, wenn es sich lediglich um die Kennbarmachung ohnedies schon vorhandenen Eigenthums handelt. Als Willensmanifestation des Kommissionärs ist sie m. E. bedeutungslos. Denn was der Mensch nur sich selbst gegenüber erklärt hat, betrachtet Niemand als

Digitized by Google

bindend. Hatte der Kommissionär ohne die Einsiegelung freie Disposition über das Geld als über sein Eigenthum, so verliert er sie auch nicht durch die Einsiegelung und hat auch gar nicht das Bewußtsein, sie zu verlieren. Nicht sich gegenüber gedachten jene Erben die Rechte des Kommittenten zu sichern, sondern der Konkursmasse gegenüber.

Ich suchte nachzuweisen, daß der innere irgendwie kundgewordene Wille des Vertreters für die Besitzfrage nicht ausschlaggebend sein könne. Geht man den Ausführungen Bremer's auf den Grund, so bemerkt man denn auch, daß er dem Willen, so sehr er den Worten nach auf ihn das Gewicht legt, in der Sache eigentlich jene Bedeutung gar nicht zuschreibt. Prinzipiell entscheidend sind ihm in Wirklichkeit die Umstände, unter denen der Besitzerwerb stattfand. Aus diesen Umständen schließt er auf den entsprechenden Willen, betrachtet und behandelt aber diesen Schluß als einen nothwendigen, unausweichlichen, und ist gar nicht der Meinung, daß die Richtigkeit dieses Schlusses in jedem einzelnen Fall noch besonders nachgeprüft werden solle. So legt er z. B. S. 38 f. dar, wenn Jemand den Auftrag erhalten habe, Besitz an einer Sache zu ergreifen, auf deren Besitz ein Recht in der Person des Auftraggebers vorausgesetzt werde (die dieser z. B. vorher selber gekauft hatte), so werde der Besitz nothwendig unmittelbar dem Auftraggeber erworben, weil hier der Beauftragte, wenn er nicht treulos handle (oft genug handelt er aber doch treulos!), den animus rem sibi habendi gar nicht haben könne. Ebenso wird S. 42 und 47 f. dem Besitzerwerb, den Dienstboten u. dgl. in Ausübung ihres Dienstes vornehmen, aus gleichem Grunde ohne weiteres unmittelbare Wirkung für den Dienstherrn beigemessen. Es liegt auf der Hand, daß bei solcher Auffassung der Wille des Vertreters in Wahrheit nur eine dekorative Rolle spielt; das wirklich

Digitized by Google

Entſcheidende iſt, im erſten Fall, daß der Beſitzerwerb auf Grund eines Rechts des Mandanten auf den Beſitz ſtattfand, im zweiten, daß der Dienſtbote beim Beſitzerwerb in ſeinem Dienſt handelte. Scheidet man nun die in der That ganz überflüſſige Willensfiktion aus Bremer's Argumentation aus, ſo berührt ſich ſeine Theorie auf das engſte mit der oben ſchon angedeuteten neueren Theorie Jhering's, wonach das Recht die Beſitzfrage als reine Intereſſenfrage behandeln ſoll, und wirklich begründet Jhering[1]) den eigenen Beſitzerwerb des „Erſatzmanns" ganz mit dem gleichen Argument, womit Bremer zu erhärten ſucht, daß der Kommiſſionär den Willen habe, den Beſitz für ſich zu erwerben, — mit der Rückſicht auf deſſen Deckung —: nur ſchließt Jhering vom Intereſſe des Erſatzmanns unmittelbar auf ſeinen Beſitzerwerb, während Bremer noch den Umweg über den Willen macht.

Kann uns nun aber Jhering's Formulirung befriedigen? Gewiß iſt die Beſitzfrage für die Rechtsordnung eine Intereſſenfrage. Mit dieſer Erkenntniß iſt uns aber ſehr wenig geholfen. Denn dies gilt überhaupt von jeder Rechtsfrage: die Entſcheidung aller Rechtsfragen beruht auf einer Werthung und gegenſeitigen Abwägung der mit einander kollidirenden Intereſſen durch die Rechtsordnung. Dies iſt ſo ſelbſtverſtändlich, daß es gar nicht ſollte geſagt zu werden brauchen. Alles kommt hier darauf an, in welchem Sinn die „Intereſſenfrage" zu verſtehen iſt. Soll ſie für jeden einzelnen Fall ſpeziell geprüft und beantwortet werden? Dann würde ſich ein Zuſtand der Unſicherheit der Beſitzverhältniſſe ergeben, der ſchwerlich dem Bedürfniß des Verkehrs entſpräche. Es iſt z. B. nur ſehr relativ richtig, was Jhering a. a. O. von demjenigen ſagt, der in eigenem Namen für fremde Rechnung

1) Beſitzwille, S. 380.

gekauft hat und sich nun tradiren läßt: sein Interesse verlange, daß er selbst Besitz und Eigenthum erwerbe, damit er an der Sache wegen seiner Auslagen oder übernommenen Verpflichtungen Deckung habe. Muß ein solcher „Ersatzmann" denn nothwendig Auslagen gehabt oder Verpflichtungen übernommen, kann er nicht die Deckung vorausempfangen haben? Umgekehrt: kann nicht auch, wer in fremdem Namen gekauft und tradirt erhalten hat, den Preis aus eigener Tasche ausgelegt haben? Und schon oben habe ich darauf hingewiesen, daß sich in der Sicherheit der Deckung die mannigfachsten Abstufungen finden. Soll nun in jedem Fall die konkrete Lage der Umstände entscheiden, ob der Vertreter für sich oder für den Prinzipal Besitz erwirbt, so würde der Richter vor einer geradezu unlösbaren Aufgabe stehen; ich halte diesen Weg für ganz unpraktikabel. Wenn die Rechtsordnung die Interessenlage berücksichtigt, so heißt das nicht, daß die konkreten, sondern daß die in bestimmt gearteten Fällen normalen, typischen Interessen Ausschlag geben, und die Haupt- und Grundfrage bleibt immer die, welche Thatbestandsmerkmale für die Rechtsordnung bei der Beurtheilung der typischen Interessenlage bestimmend sind. Nun wäre es ja an sich denkbar, daß das Recht dem Ersatzmann deshalb den Besitz zuspräche, weil er normaler Weise keine Baardeckung habe und deshalb anderweiter Sicherung bedürfe. Aber wir haben auch nicht den entferntesten Anhalt dafür, daß dies legislative Motiv wirklich hier Platz gegriffen hat, im Gegentheil, wir haben triftige Gründe dagegen. Nirgends im Gebiet der Vermögensrechtsgeschäfte, wo das objektive Recht Rechte gewährt, thut es dies deshalb, weil es bei dem Handelnden *objektive* Interessen bestimmter Art voraussetzt, sondern überall lediglich deshalb, weil der Handelnde durch sein Handeln ein *subjektives* Interesse am Erwerb zu erkennen gegeben hat. Gewiß ist

Digitized by Google

normaler Weise zu präsumiren, daß diesem subjektiven irgendwie geartete objektive Interessen zu Grunde liegen; aber welcher Art diese objektiven Interessen sind, darum kümmert sich die Rechtsordnung nicht und braucht sie sich nicht zu kümmern, da sie auf diesem Gebiet ruhig einen Jeden seines Glückes Schmied sein lassen darf. Wer kauft, hat die actio empti, ob er die Kaufsache nun wirklich braucht oder nicht, ob er sie zu nützlichem oder schädlichem, zu gutem oder zu schlechtem Zwecke braucht; er hat sie eben gekauft und dadurch gezeigt, daß ihm an der Sache gelegen ist. So ist es bei den Rechtsgeschäften des Obligationenrechts, so bei den sachenrechtlichen i. e. S.; sollte es bei denen des Besitzrechts sich anders verhalten? Versuchen wir, ob es möglich ist, die in Wahrheit maßgebenden Regeln zu ermitteln.

A.

Die Quellenzeugnisse, die, abgesehen von D. (41, 2) 1 § 20, vom Besitzerwerb durch Vertreter i. w. S. handeln, lassen sich in vier Kategorien eintheilen.

Zunächst besitzen wir eine Anzahl von Stellen, die nur einfach den Grundsatz aussprechen, daß uns Besitz auch durch freie Stellvertreter — per procuratorem, per liberam personam, per quemlibet — erworben werden könne. So namentlich D. (41, 1) 53, (41, 3) 41, C. (7, 32) 1, 8, I. (2, 9) 5. Da diese Stellen nur die abstrakte Möglichkeit dieser Art Stellvertretung bezeugen, über die Voraussetzungen aber unter denen sie anzunehmen sei, sich nicht äußern, so sind sie für die Beantwortung der uns beschäftigenden Frage ohne Werth.

Zwei weitere Stellen setzen voraus, daß die Tradition an den Vertreter stattgefunden hat auf Grund eines für seinen Prinzipal bereits begründeten oder noch zu begründenden Kausalverhältnisses, nämlich auf Grund eines Kaufes, den dieser

Digitized by Google

ſelbſt abgeſchloſſen hatte, beziehungsweiſe auf Grund einer Schenkung, die ihm ſelbſt gemacht werden wollte. Es ſind dies D. (41, 1) 20 § 2 [1]), (39, 5) 13 [2]), vgl. auch D. (3, 5) 23. Entſchieden wird, daß hier der Beſitz unmittelbar dem Prinzipal erworben werde.

Eine dritte Gruppe von Stellen betrifft den Fall, wo Jemand im Auftrag eines Anderen ſelbſt gekauft, alſo nach den bekannten Grundſätzen des römiſchen Rechts auch ſelber die Forderung aus dem Kauf erworben und darauf ſich hatte tradiren laſſen. Die Entſcheidung geht dahin, daß der Mandatar ſelber Beſitzer und Eigenthümer werde, der Prinzipal Beſitz und Eigenthum erſt durch eine weitere von Seiten des Mandatars an ihn erfolgende Tradition erwerbe. Daß der Wille des Mandatars hierbei irgend eine Rolle ſpiele, wird nicht geſagt. D. (41, 1) 59:

Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit.

Vgl. ferner D. (45, 1) 135 § 2, (41, 3) 13 § 2, (41, 4) 7 § 2, (20, 4) 3 § 1, C. (7, 10) 2 [3]). Dieſelbe Entſcheidung findet ſich in D. (17, 2) 74 für den Socius:

Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

Man könnte ſich verſucht fühlen, aus obigem Material die Folgerung zu ziehen, daß das Kaufalverhältniß, auf Grund deſſen die Tradition erfolge, für die Beantwortung der Frage

1) Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.

2) Die Interpretation dieſer Stelle folgt weiter unten.

3) Einiges weitere Material bei Mitteis, Stellvertretung, S. 55 ff.

wer durch sie Besitz und Eigenthum erwerbe, schlechthin entscheidend sei. Dem steht aber die vierte und letzte Gruppe von Stellen entgegen, aus denen sich ergiebt, daß ein Prokurator, der im Auftrag seines Dominus oder unter dessen nachfolgender Genehmigung gekauft und tradirt erhalten hat, unmittelbar für den Dominus, ebenso, daß ein Vormund, der nomine pupilli gekauft hat, unmittelbar für den Mündel Besitz und Eigenthum erwirbt, obwohl doch nach römischem Recht die actio empti hier stets dem Prokurator oder Vormund selbst erwachsen war: D. (41, 2) 42 § 1, (41, 1) 13 pr., (41, 3) 47, (41, 2) 49 § 2, Paul. sent. 5, 2 § 2; D. (41, 1) 13 § 1.

Die vergleichende Erwägung dieser verschiedenen Entscheidungen führt m. E. mit Nothwendigkeit zu folgenden zwei Regeln:

Wer im Auftrag eines Anderen Besitz erwirbt auf Grund eines für diesen Anderen bestehenden oder zu begründenden Kaufalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum für diesen Andern.

Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines Anderen, Besitz erwirbt auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kaufalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum für sich selbst. Eine Ausnahme hiervon gilt aber für den Prokurator und den Vormund.

Es gilt für uns, Sinn und Tragweite dieser Regeln wie auch der Ausnahme festzustellen, insbesondere Klarheit darüber zu schaffen, inwieweit beide, Regeln wie Ausnahme, analoger Ausdehnung fähig sind.

Digitized by Google

1.

Wer im Auftrag eines Anderen aus einer diesen angehenden causa erwirbt, erwirbt für ihn.

Der Grund des Satzes liegt zu Tage: die causa giebt objektiv das typischer Weise vorhandene Interesse des Prinzipals am Besitzerwerb zu erkennen; in der Annahme oder Ausführung des Auftrags aber liegt die Unterordnung des Vertreters unter dies Interesse.

Selbstverständlich ist es gleichgültig, ob das Kausalverhältniß begründet wurde durch ein von dem Prinzipal selber geschlossenes Rechtsgeschäft oder, wie das freilich nach römischem Recht nicht möglich war, durch ein von dem Vertreter in dessen Namen geschlossenes. Und auch das muß gleichgültig sein, ob das Kausalverhältniß für den Prinzipal wirklich besteht, bezw. begründet wird oder nur vorausgesetzt wird [1]): die typische Lage der subjektiven Interessen bleibt ja auch letzteren Falls die gleiche. Wer in meinem Auftrag ein indebitum einzieht, erwirbt das Empfangene für mich, wie er ein debitum für mich erwerben würde.

Unsere Quellen überliefern die Regel nur für die Tradition: sie gilt aber jedenfalls ebenso für die Occupation, wenn nämlich Jemand, dem z. B. kraft Jagdrechts oder Nießbrauchs ein ausschließliches Okkupationsrecht zusteht, einen Anderen mit dessen Ausübung beauftragt [2]). Wie aber, wenn Jemand in fremdem Auftrag occupirt, ohne daß ein solches ausschließliches Occupationsrecht in Frage käme, z. B. Schmetterlinge fängt oder Muscheln sucht? Unsere Regel trifft diesen Fall nicht; nichtsdestoweniger wird auch hier dem Prinzipal erworben. Denn da es hier an einer causa des

1) Vgl. D. (12, 6) 57 § 1.
2) So auch Bremer a. a. O. S. 40.

Digitized by Google

Besitzerwerbes, die, sei es für den Prinzipal, sei es für den Vertreter den Ausschlag gäbe, gänzlich fehlt, so entscheidet zu Gunsten des Prinzipals die Thatsache, daß sich der Vertreter durch die Annahme und Ausführung des Auftrags in den Dienst des durch dessen Ertheilung bekundeten fremden Interesses gestellt hat.

Der Wille des Vertreters im Moment des Besitzerwerbes spielt in allen obigen Fällen gar keine Rolle. Nur die von uns bereits besprochene Stelle D. (41, 2) 1 § 20 bringt diesen Willen ins Spiel. Der Vertreter erwirbt also selbst dann für den Prinzipal, wenn er etwa in jenem Moment Unterschlagungsabsicht gehegt hätte[1]). Solch eine Absicht wird jetzt gefaßt und im nächsten Moment wieder aufgegeben. Was zeichnet den Augenblick des Besitzerwerbes aus, um gerade der in diesem Moment bestehenden Absicht eine so überragende Bedeutung zu geben? Soll wirklich, wenn der Dienstmann, den ich zur Abholung der an mich gesandten Waaren auf den Bahnhof schickte, im Moment der Empfangnahme Unterschlagungsabsicht hatte, sie aber in der nächsten Minute wieder fallen ließ — dies kann ja vielleicht durch seine eigenen Aeußerungen an Dritte festgestellt werden —, soll wirklich in solchem Fall Eigenthum auf mich erst durch eine zweite Tradition übergehen? Und wenn er die Unterschlagungsabsicht nicht fallen ließ, sondern die Waaren wirklich beiseite brachte, hat er dann nicht *mein* Eigenthum unterschlagen?

Dem Auftrag steht es gleich, wenn der Vertreter als gestor aus einer den Prinzipal angehenden causa Besitz ergriffen, z. B. dessen Forderungen einkassirt hatte. Denn auch hier bleibt es wahr, daß der Vertreter sich — durch die

1) Vgl. schon Ihering, Jahrbb. f. Dogm. Bd. 1 S. 334 und besonders Besitzwille, S. 204 ff. A. M. Mitteis, a. a. O. S. 144 Nr. 148.

Digitized by Google

gestio — in den Dienſt des durch die causa objektiv bezeichneten Intereſſes geſtellt hat, und es erübrigt nur, daß der Prinzipal, wie dies durch die Ratihabition geſchieht, das Ergebniß ſeiner Thätigkeit für ſich anerkennt. So entſcheidet D. (3, 5) 23. Wer aber iſt Beſitzer bis zur Ratihabition? Die Frage iſt bekanntlich beſtritten. Für ſachgemäß kann ich nur die Meinung halten, wonach der Beſitz bis dahin in der Schwebe iſt[1]). Erfolgt die Ratihabition nicht, ſo iſt damit entſchieden, daß der Geſtor von Anfang an ſelber Beſitzer geworden iſt, aber freilich nicht Beſitzer auf Grund jenes Kaufalverhältniſſes, das ihn nichts angeht, ſondern Beſitzer sine causa, pro possessore: possidet, quia possidet[2]). Doch iſt wohl zu beachten, daß alles dies nur für den Fall geſagt iſt, wenn die gestio ſich an ein den Prinzipal angehendes Kaufalverhältniß anknüpft. Ganz anders iſt m. E. in dem Fall zu entſcheiden, wenn Jemand in Geſchäftsführungsabſicht für einen Anderen, der kein ausſchließliches Occupationsrecht hat, Occupationen vornimmt, z. B., wie oben, Schmetterlinge fängt oder Muſcheln ſucht. Mit der causa des Beſitzerwerbes fehlt hier jede feſte, objektive Beziehung des Beſitzergreifungsakts auf die Intereſſen des Dominus; eine ſolche Beziehung liegt hier in der That nur in dem ſubjektiven Meinen und Wollen des Geſtors. Dies Moment aber iſt, wie bereits gezeigt, viel zu ſchwankend und unſicher, als daß es zur Baſis des Beſitzerwerbes des Prinzipals gemacht werden könnte. Aus eben dem Grund kann auch als Beſitzer der gefundenen Sache nur der Finder angeſehen werden, einerlei ob er redliche oder unredliche Abſicht hegt. Ein Finder kann Monate lang zwiſchen

1) S. die Literatur über dieſe Frage bei Windſcheid § 155 N. 10a.

2) Vgl. D. (5, 3) 13 § 12 v.: nisi forte quis dixerit, cum (absens) ratum non habet, iam procuratorem quasi praedonem esse.

Digitized by Google

der redlichen und der Unterſchlagungsabſicht hin und her ſchwanken; es iſt ſchlechterdings unerfindlich, warum die zufällig gerade im Moment der Anſichnahme gehegte Abſicht ſtärker ins Gewicht fallen ſollte als irgend eine ſpäter gefaßte. Es giebt hier nur eine zweckentſprechende Löſung, für die ſich freilich kein Beweis aus den Quellen erbringen läßt: der Geſtor wird zunächſt ſelber Beſitzer, der Prinzipal erſt durch Tradition [1]).

Der Beſitzerwerb des Prinzipals ſetzt Auftrag oder ratihabirte Geſchäftsführung voraus. Von der etwaigen Vollmacht des Vertreters — Vollmacht in dem oben dargelegten engeren Sinne verſtanden — muß jener Auftrag ſcharf unterſchieden werden. Die Vollmacht, wenn der Vertreter eine beſitzt, bezieht ſich bloß auf die Knüpfung oder Löſung des Kauſalverhältniſſes, nicht auf den Beſitzerwerb, und ſie iſt eine Erklärung dem betheiligten Dritten gegenüber, während der Auftrag ein Vertrag zwiſchen Prinzipal und Vertreter iſt [2]). Erfolgt der Beſitzerwerb durch Occupation, ſo iſt ein betheiligter Dritter, dem die Vollmacht erklärt werden könnte, gar nicht vorhanden; aber auch beim Beſitzerwerb durch Tradition braucht der Tradent, dem es ja normaler Weiſe ganz gleichgültig iſt, wem der Beſitz erworben wird, nicht davon unterrichtet zu werden, daß der Empfänger nicht für ſich, ſondern für einen Anderen erwerben ſoll. Folgerungen aus dieſem Sachverhalt werden uns unten noch des Näheren beſchäftigen. Schon hier aber muß her-

1) Im Ergebniß, nicht aber in der Begründung übereinſtimmend: Mandry, Archiv f. d. civ. Pr., Bd. 63 S. 1 ff. Vgl. auch Pininski, a. a. O., Bd. 2 S. 199, Ihering, Beſitzwille S. 422 ff.

2) Ein Vertrag ſelbſt dann, wenn ſeine Ausführung dem Mandatar anheimgeſtellt worden iſt: der Vertrag kommt dann eben erſt durch die Ausführung zu Stande.

Digitized by Google

vorgehoben werden, daß mit der Vollmacht zur Knüpfung oder Lösung des Kausalverhältnisses keineswegs nothwendig ein Auftrag zum Besitzerwerb Hand in Hand gehen muß: der Ertheilung der Vollmacht kann vielmehr sehr wohl auch die Absicht zu Grunde liegen, die zu empfangenden Sachen dem Bevollmächtigten selbst oder durch ihn einem Dritten zuzuwenden, und wenn diese Zuwendung gültig ist, wird nicht der Vollmachtgeber, sondern der Bevollmächtigte oder möglicher Weise jener Dritte Besitzer und Eigenthümer. So kann z. B. Inkassovollmacht in der Absicht ertheilt werden, dem Inkassobevollmächtigten selbst den einkassirten Betrag zu schenken, zur Dos, als Darlehen zu geben oder sonst zu kreditiren [1]), oder ein Schuldner giebt dem Inkassobevollmächtigten seines Gläubigers einem eigenen Schuldner gegenüber selbst Inkassovollmacht, um auf diese Weise diesen Gläubiger zu befriedigen. Diese Möglichkeiten und die daran sich anknüpfenden Gestaltungen der Besitz- und Eigenthumsverhältnisse sind unbestreitbar und

1) Hierher gehört namentlich der sehr häufige Fall, daß Jemand Auftrag zur Einkassirung einer Forderung ertheilt, unter Umständen, die es klar stellen, daß es ihm nicht darauf ankommt, das einkassirte Geld in specie überliefert zu erhalten: hier wird der Mandatar, obwohl er aus fremder causa empfängt, selber Eigenthümer des einkassirten Geldes und ist dem Mandanten nur generisch verpflichtet. In einem mir bekannt gewordenen Fall hatte ein dem Konkurs naher Bankier noch von verschiedenen Kunden Coupons zum Inkasso angenommen, die eingegangenen Gelder aber, um sie seinen Auftraggebern zu retten, in besonderen Umschlägen mit entsprechender Aufschrift beiseite gelegt. Das Gericht gab in dem bald ausgebrochenen Konkurs der Vindikation der Mandanten statt M. E. war hier zweifellos beiderseits ein Kreditgeschäft beabsichtigt. Der Bankier wurde, kraft des zwischen ihm und seinen Mandanten bestehenden Rechtsverhältnisses — gleichwie aus einem depositum irregulare — mit Rechtsnothwendigkeit Eigenthümer der einkassirten Gelder, arg. D. (17, 1) 22 § 7. Dies sein Eigenthum aber konnte er nicht durch einseitigen, ihn nicht bindenden Akt auf die Mandanten übertragen, — das Aussonderungsbegehren hätte zurückgewiesen werden müssen.

Digitized by Google

ſind auch nicht beſtritten. Nur werden ſie regelmäßig nicht in der Lehre von der Vollmacht, ſondern in der von der Anweiſung erörtert und dadurch der Zuſammenhang mit dem Stellvertretungsrecht verdeckt. Für uns, die wir in der Vollmacht wie in der Anweiſung eine Erklärung gegenüber dem betheiligten Dritten ſehen, fallen — wir werden noch darauf zurückkommen — beide Begriffe zuſammen: „A hat von mir Anweiſung, dem X zu leiſten“ und „X hat von mir Vollmacht, von A zu empfangen“ ſind nur verſchiedene Wendungen für den Ausdruck der gleichen Thatſache.

Man könnte ſich auf Grund der bekannten „Durchgangstheorie“, die Celſus und, ihm folgend, Ulpian in D. (24, 1) 3 § 12 aufſtellen, verſucht fühlen, das in Fällen der gedachten Art eintretende Ergebniß ſich ſo zurechtzulegen, als ob hier eine zweifache Tradition ſtattfände, eine erſte ſeitens des Dritten an den Prinzipal, eine zweite ſeitens des Prinzipals an den Vertreter. Dies wäre bloße Fiktion. In Wahrheit findet nur eine Tradition ſtatt, die unmittelbar den Vertreter (oder durch ihn einen Dritten) zum Beſitzer und Eigenthümer macht. Das Eigenthümliche iſt nur, daß dieſe eine Tradition in zwei Kauſalverhältniſſe einſchlägt. Der Vertreter empfängt einerſeits kraft des Kauſalverhältniſſes zwiſchen dem Dritten und dem Prinzipal, und andererſeits doch auch wieder kraft deſſen zwiſchen letzterem und ihm ſelbſt: er iſt Vertreter nur in Bezug auf jenes erſte Kauſalverhältniß, nicht aber in Bezug auf Beſitz- und Eigenthumserwerb, da er kraft des zweiten Kauſalverhältniſſes für ſich ſelber zu erwerben berechtigt iſt.

Iſt das über die in Zuwendungsabſicht ertheilte Vollmacht Geſagte richtig, ſo ergiebt ſich daraus zugleich die Unrichtigkeit einer zuerſt von Donellus aufgeſtellten, dann von Bremer[1])

1) Ztſchr. f. C.R. u. Pr., N. F. Bd. 11 S. 249 ff.

Digitized by Google

und, ihm folgend, von den Meisten adoptirten Lehre: wenn der Tradent erklärtermaßen Besitz- und Eigenthumserwerb für den Prinzipal gewollt habe, so werde, meint man, Besitz und Eigenthum mit Nothwendigkeit für den Prinzipal erworben, auch wenn der Vertreter im Stillen den Willen gehabt habe, für sich zu erwerben. Man beruft sich hierfür auf die Entscheidung Ulpian's in D. (39, 5) 13:

> Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

Es ist nicht meine Absicht, über die an diese Stelle sich anknüpfende bekannte Streitfrage[1]) ausführlich zu handeln. Nur meine eigene Auffassung will ich darlegen. Wie haben wir uns den Willen des Vertreters, für sich zu erwerben, näher vorzustellen? Gewiß nicht als einfache Unterschlagungsabsicht; denn der fur weiß, daß er für sich nicht erwerben kann, kann also auch nicht die Absicht haben, für sich zu erwerben; er will die Sache haben, aber nicht das Eigenthum. Vielmehr gestattet das quasi sibi adquisiturus nur zwei Deutungen. Entweder der Prokurator hat die von dem Tradenten zu erkennen gegebene Kausalbeziehung mißverstanden — z. B. der Tradent wollte dem Prinzipal schenken, der Vertreter glaubt irrthümlich, es solle ihm selbst geschenkt werden, — oder er

1) S. die Literatur bei Windscheid, Pand. § 155 N. 7, dazu noch Mitteis, Stellvertr., S. 140 N. 145 u. die dort Angeführten.

Digitized by Google

hat den Tradenten ganz richtig verstanden, will aber die von diesem kundgegebene causa trotzdem nicht als für sich maßgebend anerkennen, sondern setzt eigenmächtig eine andere causa, die ihn selbst zum Erwerber stempelt, an deren Stelle [1]), — er hat z. B. die ihm für den Prinzipal übergebene Summe aus irgend einem Grunde von dem Tradenten zu fordern und will sie nun auf diese Forderung verrechnen. Den Worten nach könnte unser Fragment gleichmäßig auf beide Fälle bezogen werden; die Entscheidung selbst aber ist m. E. nur im zweiten Fall gerechtfertigt: denn wenn in Folge Mißverständnisses jede Partei eine auf einen andern Erwerber zielende causa im Auge hat, schließt dieser Dissens m. E. den Erwerb für beide aus [2]). Wie dem aber auch sein mag, eines ist klar: der Dissens, den die Stelle im Auge hat, bezieht sich keineswegs allein noch auch nur in erster Linie auf die zu schaffenden Besitz- und Eigenthumsverhältnisse, sondern primär auf das von dem Tradenten kundgegebene Kausalverhältniß. Die Entscheidung besagt, daß dies Kausalverhältniß trotz der entgegenstehenden Absicht des Prokurators für den Besitz- und

1) In der Regel wird er dies stillschweigend thun. S. aber auch das Beispiel erklärten Dissenses bei Mitteis a. a. O.

2) So könnte die bekannte Antinomie zwischen D. (39, 5) 13 und D. (41, 1) 37 § 6 gelöst werden. Anhaltspunkt für die Unterscheidung wäre, daß nach dem Eingang der letzteren Stelle Erklärung der Schenkungsabsicht dem Prinzipal gegenüber anzunehmen ist und daß eine Wiederholung dieser Erklärung dem Vertreter gegenüber nicht unterstellt zu werden braucht, ein Mißverständniß von Seiten dieses also leicht möglich war. Dagegen ist in D. (39, 5) 13 von einer Erklärung dem Prinzipal gegenüber überhaupt keine Rede. Vielleicht hat Ulpian, der Verfasser von D. (39, 5) 13, der die Digesten Julians, aus denen die andere Stelle stammt, nach dem Parallelismus des Ausdrucks zu urtheilen, bei Abfassung seiner Entscheidung vor Augen gehabt haben muß, den von Julian vorausgesetzten Fall mißdeutet und ebendeshalb anders entschieden. Indes ist all dies nur Hypothese: eine allseitig überzeugende Vereinigung der beiden widersprechenden Stellen wird schwerlich jemals gelingen.

Eigenthumserwerb maßgebend sein soll: der Vertreter erwirbt hier deshalb nicht für sich selbst, weil dies in Widerspruch mit dem als maßgebend betrachteten Kausalverhältniß stehen würde. Ist dies aber der Sinn der Stelle, so dürfen und müssen wir weiter schließen: er erwirbt auch nur *dann* nicht für sich, *wenn* ein solcher Widerspruch besteht. Und er besteht keineswegs nothwendig; er besteht dann nicht, wenn nach der eigenen Absicht des Prinzipals der Vertreter das ihm, dem Prinzipal, Zugedachte nicht für ihn, sondern für sich selbst erwerben sollte. Denn hier *erreicht* der Tradent seine eigene kausale Absicht, auch wenn der Vertreter für sich selbst erwirbt; er erreicht sie ganz einerlei, ob er um das Rechtsverhältniß zwischen Prinzipal und Vertreter und die diesem entsprechenden Erwerbabsichten des letztern etwas wußte oder nicht. Man setze den Fall, der Tradent wolle erklärter Maßen dem Prinzipal schenken und ihn zum Eigenthümer machen, es sei aber schon zuvor zwischen Prinzipal und Vertreter ein Rechtsgeschäft zu Stande gekommen, das diesen berechtigt, für sich zu erwerben, z. B. eine zweite Schenkung oder ein Darlehnsvertrag über die Summe, die dem Prinzipal von dem Tradenten in Aussicht gestellt war: würde es hier den Besitz- und Eigenthumserwerb meines Vertreters hindern, daß der Tradent hoc animo rem tradidit, ut mihi adquirat? Man sieht, der Wille, auch der erklärte Wille des Tradenten hat auf die Besitz- und Eigenthumsverhältnisse Einfluß nur durch das Kausalverhältniß hindurch. Verwirklicht sich die von dem Tradenten gewollte causa traditionis, so wird es ihm normaler Weise gleichgültig sein, wenn die Besitz- und Eigenthumsverhältnisse sich auch anders gestalten, als er sich vorstellte, und nur auf diese normale Gestaltung der Sachlage kann das Recht Rücksicht nehmen.

Digitized by Google

2.

Wer, sei es auch im Interesse und Auftrag eines Andern, Besitz erwirbt auf Grund eines auf ihn selbst bezüglichen Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigenthum der Regel nach für sich selber.

Auch diese Regel gilt nicht bloß für den Traditions-, sondern auch für den Occupationserwerb: wenn ein Nießbraucher oder Jagdberechtigter sein ausschließliches Occupationsrecht kraft Uebereinkunft für einen Andern ausübt, wird dennoch er selbst Besitzer und Eigenthümer. Die Regel gilt ferner nicht bloß, wenn das auf den Vertreter bezügliche Kausalverhältniß wirklich besteht, sondern auch wenn es nur vorausgesetzt wird: wenn dem Mandatar, der in eigenem Namen für meine Rechnung kontrahirt hat, z. B. aus Irrthum ein indebitum geleistet wird, erwirbt er selbstverständlich daran ebenso wie an dem debitum Besitz und Eigenthum.

Wie sehr der Satz auch noch den Bedürfnissen unseres Verkehrs entspricht, zeigt die Rechtsprechung über das Kommissionsgeschäft [1]). Worin liegt sein Grund? Wie die fremde Erwerbscausa fremdes Interesse, so läßt die eigene Erwerbscausa typischer Weise eigenes Interesse des Besitzergreifenden erkennen. Wer selber — vom Standpunkt des heutigen Rechts muß ich hinzufügen: in eigenem Namen — gekauft, also selber das Recht auf die Tradition erworben hat, sollte der nicht, so schließt die Rechtsordnung, auch ein eigenes Interesse an Besitz und Eigenthum haben? Dieser Erwägung gegenüber kann die bloße Thatsache, daß der Erwerber als Mandatar eines Andern erworben hat, nicht ins Gewicht fallen, nicht etwa deshalb nicht, weil doch auch ein Mandatar ein

1) Vgl. besonders R.O.H.G. Entsch., Bd. 16 S. 211 ff., 268 ff. Bd. 19 S. 78 ff., R.G., B. 11 S. 56 ff.

Digitized by Google

Interesse daran haben kann, an dem Gegenstand der mandatsmäßigen Anschaffung zunächst selber Besitz und Eigenthum zu erwerben, obwohl diese Möglichkeit ja gewiß vorliegt[1]), sondern deshalb, weil ein Mandat, wie jedes Obligationsverhältniß, nur relativ bindende Bedeutung hat — dem Mandanten gegenüber —, nicht aber die Erwerbsfreiheit des Mandatars nach außen hin, d. h. absolut zu vinkuliren vermag. Das Mandat bewirkt, daß der Mandatar die in Ausführung des Auftrags angeschaffte Sache dem Mandanten ausliefern muß, aber es kann nimmermehr bewirken, daß der Mandatar die nach außen hin ostensibel für sich selbst angeschaffte Sache dennoch nicht für sich selbst erwürbe. Wie wahr dies ist, erhellt am klarsten, wenn wir die Möglichkeit in Erwägung ziehen, daß der Mandatar sehr wohl den gleichen Auftrag von Mehreren erhalten haben kann. Gesetzt, ein Kommissionär hätte von A, B und C, von jedem besonders, den Auftrag erhalten, ein und dieselbe Sache oder eine bestimmte Quantität einer und derselben Waare zu kaufen, und er hätte nun jene Sache oder Quantität, letztere aber nur einmal, wirklich gekauft: für wen soll er erworben haben, wenn nicht für sich selbst? Der innere Wille des Mandatars, auf den man vielleicht hier wieder zu rekurriren geneigt sein möchte, könnte hier so wenig wie sonst entscheiden: sehr oft wird in derartigen Fällen der Mandatar mit sich selbst nicht im Klaren sein, für wen er erwerben will, und wenn er es wäre, könnte, bei seiner gleichen Verpflichtung gegenüber Allen, darauf nichts ankommen. Die Lösung ist, daß der Mandatar allen seinen Mandanten aus dem übernommenen Mandat in gleicher Weise gebunden ist; der Besitz- und Eigenthumserwerb aber bestimmt sich nicht

1) Man denke z. B. an das oben schon berührte Interesse an Deckung.

Digitized by Google

nach diesen Mandaten, sondern nach dem Kaufalgeschäft, auf Grund dessen er stattgefunden hat.

Das Gesagte gilt keineswegs etwa bloß von dem Fall des Mandats; es gilt von jeder obligatorischen Verabredung, die darauf hinausliefe, daß Jemand, der einen Besitz erst noch erwerben soll, sich verpflichtete, diesen künftigen Besitz nomine alieno auszuüben: das constitutum possessorium kann nicht antecipirt werden. Der Käufer eines Hauses, der es vor der Tradition einem Dritten weiter verkauft und von diesem zurückmiethet, wird durch die Tradition gleichwohl Eigenbesitzer und nicht bloßer Detentor in fremdem Namen. Ebenso der Einkaufsmandatar, der in eigenem Namen gekauft hat, auch wenn er vor der Tradition mit dem Mandanten übereingekommen wäre, daß er das Empfangene leihweise oder als Depositum behalten solle. Beide haben freilich die Verpflichtung übernommen, sich vom Augenblick der Tradition ab als bloße Detentoren zu verhalten. Aber eine solche für die Zukunft übernommene Verpflichtung vermag die wirkliche Tradition nicht zu ersetzen, — denn Verpflichtungen können gebrochen werden.

Man darf das eigentliche constitutum possessorium und das antecipirte nicht auf eine Stufe stellen. Dort schließt Jemand, der den Eigenbesitz schon hat, ein Rechtsgeschäft ab, wodurch er sich in einen Detentor Namens eines Andern verwandelt; dadurch wird seiner Inhabung sofort eine neue causa (eine causa detinendi) gegeben, jener Andere augenblicklich in den Eigenbesitz eingesetzt; bricht nun auch nachgehends der jetzige Detentor seine Verpflichtung, so kann er damit das Geschehene nicht ungeschehen machen: die Tradition war einmal vollzogen. Beim antecipirten Konstitut aber vermag die im voraus übernommene obligatorische Verpflichtung nicht den rechtlichen Charakter des erst noch zu begründenden

Digitized by Google

Besitzverhältnisses festzulegen: das wäre dingliche, nicht mehr bloß obligatorische Wirkung. Auch hier muß auf die Möglichkeit hingewiesen werden, daß ein solches antecipirtes Konstitut sehr wohl in gleicher Weise mehrfach mit verschiedenen Personen abgeschlossen werden könnte. Gesetzt, daß der Käufer vor der Tradition des Hauses jenen Doppelvertrag nach einander mit zwei verschiedenen Personen abgeschlossen hätte, zuerst mit A, dann mit B: wenn er sich dann tradiren ließe, würde er dann Namens des A oder Namens des B besitzen? Oder wenn ein Kommissionär von zwei Personen gesondert den Auftrag erhält, dieselbe Sache zu kaufen, und sich im voraus von beiden diese Sache leihen läßt, wer von beiden soll nun durch die Tradition an den Kommissionär Besitz und Eigenthum erhalten? Die Unlösbarkeit dieser Fragen führt nothwendig zu dem Schluß, daß trotz des antecipirten Konstituts Besitz und Eigenthum auf den Prinzipal erst durch eine neue Tradition übergehen, die der Vertreter nach erlangtem Besitze vorzunehmen hat. Was zu dieser Tradition gehört, darüber wird sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen lassen. In dem Falle des Hauskaufs wird eine einfache ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des ersten Käufers an den zweiten genügen, daß das vorlängst vereinbarte Miethverhältniß ins Leben getreten sei, und als solche wird schon die Anzeige von der an ihn selbst erfolgten Tradition gelten müssen, da einer derartigen Anzeige unter diesen Umständen ohne weiteres der Sinn beigemessen werden muß, daß ihr Absender sich als Detentor Namens des Adressaten betrachtet wissen wolle. Würde dagegen mit einem Bankier, der mit dem Einkauf gewisser Werthpapiere beauftragt war, im voraus ein Depotverhältniß in Bezug auf diese Werthpapiere vereinbart worden sein, so würde die bloße Anzeige des Bankiers, er habe die Papiere gekauft und zu Depot genommen, zur Tradition nicht

Digitized by Google

genügen, da auf Grund solcher Anzeige nur ein depositum irregulare entstände, Besitz und Eigenthum also nicht übertragen würde[1]). Zu der Anzeige müßte hier die Nummernnennung hinzutreten; auch schon eine bloße Buchung unter Nummernbezeichnung, auch ohne Anzeige, würde arg. D. (26, 7) 9 § 7 [2]) als ausreichend gelten müssen. Immer aber bedarf es zur Tradition eines Akts, den der Kommissionär nicht mehr beliebig zurücknehmen kann, der ihn dem Kommittenten gegenüber bindet: ein geheimes, unkontrollirbares, kurz ein solches Handeln des Kommissionärs, an dem er nicht festgehalten werden kann — wie z. B. das bloße gesonderte Einpacken der betreffenden Papiere, auch wenn das Packet durch besondere Aufschrift als Eigenthum des Kommittenten bezeichnet wäre, — ersetzt niemals die Tradition [3]).

Die obigen Grundsätze sind weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu sein, weder in der Theorie noch in der Praxis, die denn unter der Herrschaft der Willenstheorie hilflos hin und herschwankt. Es wird nicht nutzlos sein, dafür einige Belege anzuführen.

Bei Seuffert, Bd. 48 Nr. 248, werden folgende Entscheidungsgründe des O.L.G. Braunschweig mitgetheilt:

---

1) Vgl. R.G. Entsch., Bd. 11 S. 61, auch R.O.H.G., Bd. 25 S. 251 ff.

2) Non tantum autem sibi solvere tutor, verum etiam sibi creditam pecuniam scribere potest, ut Marcellus libro octavo digestorum scripsit, sequo mutua pecunia poterit obligare sibi mutuam perscribendo. Vgl. zu dieser Stelle M. Rümelin, Das Selbstkontrahiren des Stellvertreters (1888) S. 160 ff. Ueber die Bedeutung von Anzeige und Buchung treffend R.G. Entsch., Bd. 11 S. 60 ff., Seuffert, Bd. 39 Nr. 291.

3) S. oben S. 50. Mir scheint es unerträglich, daß es dem Kommissionär möglich sein sollte, durch solche Akte, die ihn absolut nicht binden, dennoch die Gläubiger in seinem etwaigen Konkurse zu binden, indem diese sich die Aussonderung von Seiten des Kommittenten gefallen lassen müßten.

Digitized by Google

„Der Besitzerwerb des Vertretenen wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß sein Vertreter, obgleich er als solcher zu handeln Willens war, dies dem Tradenten nicht ausdrücklich oder in schlüssiger Weise zu erkennen gab. Vielmehr ist der Sinn des Traditionsgeschäfts der Regel nach dahin aufzufassen, daß der Tradent sich des Besitzes entäußert und es dem Empfänger überläßt, für wen er ihn ergreifen wolle, so daß es zur Ausschließung des Besitzerwerbes des Vertretenen der Darlegung eines ausschließlich auf Besitzerwerb des Empfängers für ihn selbst gerichteten Willens des Tradenten bedarf. Hieraus folgt, daß, da der Vater des Klägers sich zwar nicht bei dem Kaufabschluß, wohl aber bei der Tradition dem Tradenten gegenüber als Vertreter des Klägers genannt hat, die Ausschließung des Erwerbes seitens des Klägers nur durch den Nachweis dargethan werden könnte, der Tradent habe, ohne jene Nennung zu verstehen, den Besitz ausschließlich auf den Vertreter selbst übertragen wollen."

Es sei kein Gewicht darauf gelegt, daß diese Ausführung unlogisch ist, unlogisch deshalb, weil im Vordersatz der innere Wille des Vertreters, in der Schlußfolgerung aber sein dem Tradenten erklärter Wille als das Entscheidende behandelt wird. Wir halten uns lediglich an die Entscheidung selbst, wonach also ein Mandatar, der in eigenem Namen gekauft hat, — in Ermangelung anderweiten Willens des Tradenten — schon dann immer für den Mandanten Besitz und Eigenthum erwerben würde, wenn er sich bei der Tradition als Vertreter des Mandanten zu erkennen gegeben hat. Es wird hier der dem Tradenten gegenüber abgegebenen Erklärung eine Bedeutung beigelegt, die sie nimmermehr haben kann. Denn dem Tradenten ist es, wie vorher mit Recht bemerkt war, noraler Weise ganz gleichgültig, wer von ihm Besitz und

Digitized by Google

Eigenthum erwirbt, und das weiß auch der Empfänger. Wenn er nun dieſer gänzlich unintereſſirten Perſon eine Mittheilung über ſeine Beziehung zum Mandanten macht, ſo denkt er dabei nicht entfernt daran, etwas an den ohnedies eintretenden Folgen der Tradition zu ändern; es handelt ſich hier vielmehr um eine ganz aus dem Rahmen des Traditionsgeſchäfts herausfallende, juriſtiſch bedeutungsloſe Mittheilung, auf die nicht mehr Gewicht zu legen iſt, als auf eine ſolche über ſonſtige Motive, die ihn zu der Anſchaffung bewogen haben könnten.

Wie wahr dies iſt, erkennt man ſofort, wenn man ſich den Empfänger nicht als wirklichen Mandatar denkt. Es kommt unendlich oft vor, daß Perſonen, die gar keinen Auftrag haben, ſich dennoch bei den Kaufverhandlungen für Beauftragte ausgeben, ohne daß deshalb der Kauf als in fremdem Namen abgeſchloſſen gelten könnte. Wie oft wird z. B. bei Verhandlungen in Läden ein Auftrag lediglich zu dem Zweck fingirt, um, falls man nichts Paſſendes findet, ungenirt unter dem Vorwand weggehen zu können, daß man erſt noch mit dem Mandanten reden wolle! An einen Kauf in fremdem Namen iſt dabei beiderſeits nicht gedacht. Wie nun, wenn ſolchen Falls nach geſchloſſenem Kauf der Käufer dem Verkäufer eine beſtimmte Adreſſe als die des angeblichen Mandanten aufgiebt, mit dem Erſuchen, das Kaufobjekt an dieſe Adreſſe zu ſenden, während in Wahrheit der Inhaber dieſer Adreſſe ein ganz unbetheiligter Dritter iſt, der lediglich von dem Käufer Auftrag zur Empfangnahme hat? Hört dadurch dieſer Dritte auf, bloßer Empfangsbevollmächtigter zu ſein? Und alſo auch umgekehrt: wenn der Käufer nach abgeſchloſſenem Kaufe den Namen des angeblichen Mandanten nennt, dennoch aber ſich ſelbſt tradiren läßt, — z. B. er ſagt zu dem Verkäufer: „Meſſen Sie nur gut, es iſt für Ihren

Digitized by Google

Kunden X" —, hört er etwa dadurch auf, für sich selbst zu empfangen? Die dem Tradenten gegebene Erklärung erweist sich hiernach als vollkommen bedeutungslos. Für das O.L.G. scheint nun freilich im vorliegenden Fall der Umstand bestimmend gewesen zu sein, daß hier dem erklärten Willen der innere Wille des Empfängers zu entsprechen schien. Dem gegenüber aber macht sich Alles geltend, was oben gegen die Bremersche Theorie eingewendet wurde, insbesondere: daß der Empfänger bei der Tradition zwar ein lebhaftes Gefühl dafür haben wird, daß er in fremdem Interesse handelt, die Frage dagegen, ob dies Interesse seine Wahrung im Weg der direkten oder der indirekten Stellvertretung beim Besitzerwerbe finden soll, sich fast niemals vorlegt. Der angebliche Wille zu direkter Vertretung ist fast überall, wo er angerufen wird, durchsichtige Fiktion. Nach alledem war die Entscheidung des O.L.G. m. E. zweifellos unrichtig: nicht der Sohn, sondern der Vater war Besitzer und Eigenthümer geworden.

In einem vom O.L.G. Celle entschiedenen Falle — Seuffert, Bd. 49 Nr. 235 — hatte der Ehemann in eigenem Namen gekauft; nachgehends trat die Ehefrau als Vindikantin auf, mit der Behauptung, daß bei der Tradition der Ehemann nach seinem und ihrem Willen nur ihr Vertreter gewesen sei. Das O.L.G. ließ die Verkäufer darüber vernehmen, ob sie nicht vielleicht die Absicht gehabt hätten, gerade nur ausschließlich dem Ehemann selbst Eigenthum zu übertragen! Die Leute verneinten das natürlich und mögen sich in ihrem beschränkten Unterthanenverstande wohl darüber gewundert haben, daß eine hohe Justiz derartige Fragen stelle. Das O.L.G. war bei solcher Sachlage der Meinung, um mit der Tradition Eigenthum auf die Klägerin direkt übergehen zu lassen, genüge

Digitized by Google

der dahin gehende übereinstimmende Wille der Klägerin und ihres Ehemannes.

Sehr interessant sind zwei entgegengesetzte Entscheidungen höchst ähnlicher Thatbestände durch die Oberlandesgerichte München und Hamburg. In dem Münchener Fall — Seuffert, Bd. 36 Nr. 127 — hatte ein Weinwirth W seine Weinwirthschaft mit dem vorhandenen Weinlager an den Küfer E verkauft und sich dabei bis zur gänzlichen Zahlung des Preises das Eigenthum an den überlassenen Weinen vorbehalten, zugleich aber weiter bestimmt, daß Käufer nicht gehindert sein solle, die Weine im gewöhnlichen Geschäftsbetriebe zu verkaufen, wogegen die von ihm neu zu erwerbenden Weine an die Stelle der veräußerten treten und in das Eigenthum des W ohne weiteren Rechtsakt fallen sollten. In dem nachgehends ausgebrochenen Konkurse des E beanspruchte W auf Grund obiger Vereinbarung hinsichtlich auch der neu angeschafften Weine das Separationsrecht, und das O.L.G. München gab diesem Begehren statt. Eine Verabredung, wie die vorliegende, sei zwar für sich allein, d. h. ohne weitere Thätigkeit des Verpflichteten, in Bezug auf den Eigenthumserwerb wirkungslos, da das Eigenthum durch bloßen Vertrag nicht erworben werde. Allein ihrem Wesen nach sei die kritische Vertragsbestimmung nichts anderes als die Vereinbarung, daß E die neu anzuschaffenden Weine für W in Besitz zu nehmen habe; er sei also vertragsmäßig verpflichtet gewesen, sie für W zu erwerben und zu detiniren, und die Umstände des vorliegenden Falls ließen — nach den Feststellungen in dem angefochtenen Urteil — entnehmen, daß E entsprechend dieser Verpflichtung die Weine auch wirklich nur für W als dessen Stellvertreter besitzen wollte; er habe daher Besitz und Eigenthum unmittelbar dem W erworben. Diese Entscheidungsgründe scheinen mir in hohem Grad bedenklich. Sie beruhen auf Fiktionen.

Digitized by Google

Eine Fiktion ist schon die Umdeutung der Vereinbarung. W dachte nicht daran, dem E Vorschriften über die Art der Inbesitznahme zu machen, sondern beide Parteien gingen einfach von der Voraussetzung aus, daß sie rechtlich in der Lage seien, durch bloßen Vertrag über die Frage des Eigenthums an den neu zu erwerbenden Weinen zu verfügen. Eine Fiktion ist es weiter, wenn aus den „Umständen des Falls" darauf geschlossen wird, daß „E bei Anschaffung der neuen Weine stets von der Meinung und Absicht geleitet wurde, dieselben nur als Stellvertreter des W zu erwerben und zu detiniren". Der wirkliche Wille des E dürfte sich hier, wie fast immer in derartigen Fällen, jeder Ermittelung entzogen haben, — es ist namentlich gar nicht abzusehen, warum E bei jeder neuen Anschaffung an jene Klausel des Vertrags mit W hätte denken müssen; und wäre er zu ermitteln gewesen, so wäre diese Ermittelung für die Entscheidung sicher unerheblich geblieben: oder hätte das O.L.G. anders entschieden, wenn E nachweisbar im Stillen die Absicht gehabt hätte, sich der angeblich übernommenen Verpflichtung zu entziehen? Das O.L.G. fingirt vielmehr: weil E die Verpflichtung übernommen hatte, beim Besitzerwerb Stellvertreterabsicht zu haben, so muß er auch wirklich diese Absicht gehabt haben. Da aber hiernach auf die Wirklichkeit dieser Absicht in Wahrheit gar nichts ankommt, sondern die getroffene Vereinbarung das allein Entscheidende ist, jene Vereinbarung aber, wie gezeigt, gar nicht auf Uebernahme jener Verpflichtung, sondern dahin ging, daß W ohne Weiteres Eigenthümer der neu anzuschaffenden Weine werden solle, so hat das O.L.G. durch seine Entscheidungsgründe just den Satz sanktionirt, den es zu verwerfen beabsichtigte: nämlich, daß Eigenthumserwerb durch bloßen Vertrag stattfinden könne. Und zwar hat es diesen Satz in einem Umfang sanktionirt, der, ganz abgesehen von den Bestimmungen des positiven

Digitized by Google

Rechts, Bedenken erregen muß. Es ist klar, daß die Argumentation des O.L.G. sich nicht nur auf den Fall anwenden läßt, wo Jemand über das Eigenthum erst von ihm zu erwerbender Sachen, sondern ebenso auch auf den, wo er über das Eigenthum ihm bereits eigenthümlich gehörender Sachen verfügt: den Willen, für den Erwerber zu detiniren, könnte und müßte man folgerecht hier wie dort fingiren. Warum sollte z. B., wenn das O.L.G. richtig argumentirte, nicht Jemand, der ein Darlehen empfängt, mit dem Darlehensgeber vereinbaren können, daß das Eigenthum gewisser ihm, dem Empfänger, gehöriger Sachen bis zur Rückzahlung des Darlehens auf den Darlehensgeber übergehen, im Moment der Rückzahlung aber ipso iure an ihn, den Empfänger, zurückfallen solle? Nur wer das abstrakte constitutum possessorium im allerweitesten Umfange zu acceptiren geneigt ist, kann dem O.L.G. folgen; denn hier ist nicht nur nicht tradirt, es besteht nicht einmal Traditionspflicht.

Der Thatbestand des Hamburger Falls — Seuffert, Bd. 37 Nr. 192 — war folgender. M hatte sein Waarenlager verkauft und tradirt, aber mit dem Käufer vereinbart, daß die Waaren einstweilen noch an Ort und Stelle bleiben sollten, damit der Verkäufer sie im Namen und Auftrag des Käufers verhandle; der so erzielte Erlös sollte zur Disposition des Käufers stehen, wenn aber dieser nicht anderweit darüber verfüge, der Verkäufer berechtigt sein, neue Waaren damit anzuschaffen, die dann ganz an die Stelle der ursprünglichen Verkaufsobjekte treten und ausschließlich Eigenthum des Käufers sein sollten. Der Verkäufer hatte nun, von dieser Berechtigung Gebrauch machend, mit derart erzieltem Erlös in eigenem Namen neue Waaren angeschafft; diese waren von einem seiner Gläubiger gepfändet worden; und der Käufer verlangte nunmehr von diesem Anerkennung seines Eigenthums. Das

Digitized by Google

O.L.G. wies die Klage ab. Da M die Waaren nicht im Namen des jetzigen Klägers gekauft habe, so mußten, heißt es in den Gründen, die Verkäufer dieser Waaren annehmen, daß M persönlich der Käufer sei, sie konnten also auch nur ihm persönlich die Waaren tradiren wollen, und diesen Willen habe M sich angeeignet, indem er, ohne Widerspruch dagegen zu erheben, die Waaren sich tradiren ließ; ein etwa vorhandener gegentheiliger Wille des M würde, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommen. So sei also M selbst Besitzer und Eigenthümer geworden und, da auch späterhin eine Besitzübertragung nicht stattgefunden habe, geblieben. Auch dies Erkenntniß operirt mit Fiktionen. Die Leute, die an M verkauft hatten, wollten, indem sie ihm tradirten, ihre Verpflichtung aus dem Kauf erfüllen; wer auf Grund dieser Tradition Besitzer und Eigenthümer werde, war ihnen sicher vollkommen gleichgültig — sie hätten auf Anweisung des M auch jedem beliebigen Dritten tradirt; und da sie selbst in dieser Richtung keinen bestimmten Willen hatten, so kann sich M diesen nicht existirenden Willen auch nicht angeeignet haben. Der wahre Rechtfertigungsgrund der Entscheidung liegt m. E. lediglich darin, daß an M aus einer in seiner Person bestehenden causa possessionis — dem im eigenen Namen abgeschlossenen Kauf — tradirt worden war.

Gerade Fälle, wie die vorliegenden, sind sehr geeignet zu zeigen, wie wohl das römische Recht gethan hat, Besitz- und Eigenthumserwerb von den Kaufalverhältnissen abhängig zu machen. Derartige Vereinbarungen laufen darauf hinaus, Jemanden hinsichtlich seiner Erwerbsfähigkeit in eine ähnliche Lage wie die des römischen Sklaven zu bringen: er soll, wenn auch nicht aus allen seinen Geschäften, doch aus Geschäften gewisser Art, ohne daß irgend etwas auf seinen Willen oder die Art seines Kontrahirens ankäme, kraft Rechtsnothwendigkeit

Digitized by Google

für einen Andern erwerben. Ein solcher Verzicht auf die eigene Erwerbsfähigkeit liegt aber außerhalb der Parteidisposition, und so können derartige Vereinbarungen niemals die Tradition überflüssig machen. Sie wirken nur obligatorisch, nicht dinglich. Man braucht sich, um die praktische Unmöglichkeit jeder anderen Entscheidung einzusehen, in unseren Fällen nur vorzustellen, worauf schon oben hingewiesen wurde, daß E und M die gleiche Vereinbarung über ihren künftigen Erwerb betrügerischer Weise mit Mehreren nach einander abgeschlossen hätten: wie sollte es dann mit dem Eigenthumserwerb gehalten werden?

Vielleicht stärker noch, als durch die bisher besprochenen Entscheidungen, wird die Bedenklichkeit der herrschenden Lehre durch das in den reichsgerichtlichen Entscheidungen Bd. 30 S. 142 ff. mitgetheilte Urteil erhärtet. Ein Agent hatte den Auftrag ein Pferd zu kaufen; das Pferd wurde ihm aber von dem dritten Eigenthümer geschenkt; das Berufungsgericht hatte — auf Grund welcher Beweismittel? — thatsächlich festgestellt, der Agent habe schon bei Empfangnahme des Pferdes bei sich die Absicht gehabt, dasselbe für seinen Auftraggeber zu erwerben, um diesem den entsprechenden Kaufpreis anzurechnen. Darauf hin nahmen Berufungsgericht und Reichsgericht an, Besitz und Eigenthum seien unmittelbar für den Auftraggeber erworben worden. Ich halte diese Entscheidung für geradezu exorbitant. Der Agent hatte den Auftrag, zu *kaufen*. Da ihm *geschenkt* wurde, so war er nicht einmal obligatorisch verpflichtet, das Pferd dem Auftraggeber zu überlassen. Und nun soll, weil er zufällig im Moment, wo ihm das Pferd übergeben wurde, im Stillen die oder jene Absicht hatte, sogar das Eigenthum unmittelbar dem Auftraggeber erworben sein! Wer in aller Welt fühlt sich durch eine solche verschwiegene Absicht gebunden? Es fehlte nur noch, daß man unseren Mann, wenn er etwa das geschenkte

Digitized by Google

Pferd an einen Dritten verkauft hätte, wegen Unterſchlagung unter Anklage ſtellte. Der objektive Thatbeſtand der Unterſchlagung wäre ja, wenn das Reichsgericht Recht hätte, offenbar vorhanden. Wunderbar nur, daß ſchwerlich irgend Jemand in der Welt, ſelbſt ein Juriſt nicht, das Bewußtſein haben dürfte, durch ſolches Verhalten ein Delikt zu begehen.

3.

Wir gelangen von der Regel zu den Ausnahmen. Der Prokurator, der im Auftrag ſeines Dominus, der Vormund, der für den Pupillen gekauft hat, *ob auch in eigenem Namen*, erwirbt, wenn ihm auf Grund dieſes Kaufs tradirt wird, Beſitz und Eigenthum für Dominus und Mündel. Dasſelbe gilt natürlich von anderen Anſchaffungsgeſchäften.

Ich laſſe zunächſt die Quellenzeugniſſe folgen.

D. (41, 2) 42 § 1:

Procurator si quidem mandante domino rem emerit protinus illi adquirit possessionem: quod si sua sponte emerit, non nisi ratam habuerit dominus emptionem.

D. (41, 1) 13:

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas (id est proprietas *gloss.*), adquiritur etiam ignoranti. § 1. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus.

Paul. sent. 5, 2 § 2:

Per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest. sed per procuratorem adquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est. absente autem domino comparata non aliter ei, quam si rata sit, quaeritur.

Digitized by Google

D. (41, 3) 47:

Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine adprehenderit, quamvis possideam, eam non usucapiam, quia, ut ignorantes usuceperimus, in peculiaribus tantum rebus receptum est.

D. (41, 2) 49 § 2:

Etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur, ... tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur.

Es wird, wenn wir uns über Tragweite und Grund unserer Ausnahmen klar werden wollen, vor allem festzustellen sein, was obige Zeugnisse unter „procurator" verstehen.

Eine verbreitete Meinung will in dem „procurator" unserer Stellen die Bezeichnung des direkten Stellvertreters im Gegensatz zu dem sog. Ersatzmann finden, d. h. die Bezeichnung desjenigen Stellvertreters, der den animus rem domino habendi hat. Ich halte diese Meinung für gänzlich unannehmbar [1]). In dem Wort procurator liegt nichts, was auf die Absicht direkter Stellvertretung deutet; auf dem weiten Gebiet der obligatorischen Verträge und des Prozesses, wo es eine direkte Stellvertretung gar nicht giebt, begegnet er uns überall in der Eigenschaft als Ersatzmann; wie soll das Wort nun gerade in der Besitzlehre auf einmal die Absicht direkter Stellvertretung in sich enthalten? Unsere Stellen selbst liefern den Gegenbeweis: denn der Prokurator erscheint ja hier überall als Subjekt auch des Kaufes, bei dem er nach römischem Recht nicht anders denn als Ersatzmann zu denken

1) S. gegen sie namentlich Schloßmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 12 ff., Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs, Bd. 2 S. 217 ff.

Digitized by Google

iſt. Hätten die Juriſten durch das Wort procurator das Obwalten der Stellvertretungsabſicht beim Beſitzerwerb andeuten wollen, ſo mußten die Stellen ſämmtlich anders gefaßt, die Eigenſchaft des Mandatars als Prokurator mußte ſpeziell beim Beſitzerwerb und nur dabei hervorgehoben ſein [1]).

Ebenſo wenig aber wie die Abſicht direkter Stellvertretung kann hier mit „procurator“ bloß das bezeichnet ſein wollen, daß derjenige, der den Kauf vollzog, dies als Beauftragter oder Geſchäftsführer im Intereſſe eines Anderen that. Denn ſo verſtanden, wäre das Wort in der Hauptſtelle — D. (41, 1) 13 pr. — eine reine Tautologie, da ja das Beſtehen eines Mandats hier daneben noch beſonders hervorgehoben wird. Und auch in D. (41, 2) 42 § 1 wäre die Ausdrucksweiſe in hohem Grade auffallend und der Mißdeutung ausgeſetzt: ſollte hier bloß der Gegenſatz zwiſchen einem gewöhnlichen Mandatar und einem gewöhnlichen Geſtor ausgedrückt werden, ſo hätte es doch viel näher gelegen, zu unterſcheiden „si quis mandante domino emerit“ und „si quis negotia eius gerens emerit“.

Sonach bleibt für den procurator unſerer Stellen unausweichlich nur eine Bedeutung übrig: er iſt der procurator κατ' ἐξοχήν, der ſtändige, feſt angeſtellte Prokurator, wie ihn die meiſten wohlhabenden Römer in ihrem Dienſt zu haben pflegten [2]). Ein ſolcher procurator brauchte nicht gerade procurator omnium bonorum zu ſein, reiche Römer werden nicht ſelten mehrere Prokuratoren gehabt haben; immer aber — das ergiebt ſich nothwendig aus der ſtändigen Anſtellung — fordert der Begriff, daß ein größerer Kreis geſchäftlicher Angelegenheiten in die Hand des Prokurators gegeben war.

1) Alſo z. B. im Fall von D. (41, 1) 13 etwa ſo: si quis rem mihi emerit ex mandato meo et traditam eam quasi procurator meus acceperit oder dergl.

2) Vgl. Schloßmann, a. a. O. S. 82 ff.

Digitized by Google

Worauf beruht nun die besondere Stellung, die die römischen Juristen dem so verstandenen Prokurator und dem Vormund in der Lehre vom Besitzerwerb zuweisen? Eines spielt sicher dabei eine Rolle, das Moment, das wir eben mit Bezug auf den Prokurator hervorgehoben haben: beide sind ständige Wirthschaftsorgane der von ihnen vertretenen Personen. Aber ich glaube nicht, daß dies den Römern schon für sich allein ausschlaggebend war; es machen sich vielmehr sowohl für den Prokurator wie für den Vormund noch besondere Erwägungen geltend.

Schloßmann, der im Uebrigen um die Feststellung des Prokuratorenbegriffs unserer Stellen wesentliche Verdienste hat, sieht in dem Prokurator ein bloßes Faktotum, einen bloßen Vertrauensmann, der von seinem Herrn zwar wohl Aufträge erhalten könne, an sich aber zu ihm nur in thatsächlicher, nicht aber in rechtlicher Beziehung stehe. Ich halte diese Begriffsbestimmung mit der herrschenden Meinung für unhaltbar. Der Prokurator war gewiß als solcher schon ein Beauftragter [1]), aber er war zugleich noch etwas Anderes: er war vermöge der Natur seines Auftrags ein Angestellter, Bediensteter, Untergebener seines Dominus, von dem Gehorsam für dessen Anordnungen erwartet wurde. Seiner Lebensstellung nach war er bekanntlich meistens ein Freigelassener, und möglicher Weise beruht seine besondere Behandlung in der Besitzlehre historisch gerade darauf, daß man es natürlich fand, den freigelassenen Prokurator, der vielleicht als solcher nur die Geschäftsverwaltung fortsetzte, die er schon als Sklave für den Herrn besorgt hatte, in Bezug auf den Besitzerwerb in gewissem Umfang gleichen Grundsätzen unterworfen bleiben zu lassen wie den Sklaven [2]). Sei dem, wie ihm wolle, das

1) Vgl. namentlich Pininski, a. a. O. Bd. 2 S. 220 N. 3.
2) Vgl. Kniep, Vacua possessio, Bd. 1 S. 214.

Digitized by Google

Verhältniß des Prokurators als eines untergebenen Wirthschaftsorgans seines Herrn verlangte auch schon an sich Berücksichtigung in der Frage des Besitzerwerbes. Man darf den Prokurator, der Sachen seines Herrn unter seiner Obhut hat, nicht auf eine Stufe mit einem Depositar oder Kommodatar oder auch einem gewöhnlichen Mandatar stellen, dem der Mandant Sachen anvertraut hat. Diese, obwohl Besitzer alieno nomine, detiniren doch in selbständiger Detentionssphäre, in die der Dominus nicht eigenmächtig eingreifen darf, ohne sich unerlaubter Selbsthülfe schuldig zu machen. Nicht so der Prokurator. Er dient wohl beim Besitzerwerb als Vertreter, in der Ausübung des Besitzes ist er aber nicht sowohl Vertreter als Detentionsgehülfe seines Herrn, so gut wie der custos, den dieser zur Bewachung seiner Sachen aufstellt. Der Dominus hört das, was er dem Prokurator übergeben hat, auch in natürlichem Sinn nicht zu besitzen auf. Dadurch z. B., daß ein Prokurator in einem Hause oder auf einem Gute des Dominus sitzt, ist dem Dominus die Detention dieses Hauses oder Gutes und dessen, was darin ist, nicht verloren, mag er nun selber ebenfalls dort wohnen oder nicht. Er geht in dem Hause nach Belieben aus und ein, verfügt über die darin befindlichen Sachen, gebietet dem dort arbeitenden Gesinde, — kurz, hat durch Einsetzung des Prokurators in einer Weise die unmittelbare Herrschaft über das Seine aufgegeben [1]). Widerspruch, den der Prokurator seiner Disposition

1) Sprechend ist hier die Zusammenstellung des procurator mit dem hospes und amicus in D. (41, 2) 9:

Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator hospes amicus, nos possidere videmur.

Der hospes und amicus sind zweifellos bloße Detentionsgehülfen (vgl. auch Pininski, a. a. O. Bd. 2 S. 250), nicht minder aber (was Pininski a. a. O. verkennt) auch der procurator. Daß aus dem „nostro nomine" der Stelle nicht das Recht abgeleitet werden darf, nicht bloß den

entgegenſetzen würde, dürfte er ruhig mißachten, ohne ſich unerlaubter Selbſthülfe ſchuldig zu machen. Selbſt ein Retentionsrecht an den ihm anvertrauten Sachen — etwa wegen Impenſen — kann m. E. dem Prokurator nicht zugeſtanden werden. Der Dominus hat, um bildlich zu reden, ihm zwar einen Schlüſſel zu ſeinem Eigenthum gegeben, einen zweiten aber ſelbſt behalten. Das hier Ausgeführte gilt nun aber nicht bloß von den Sachen des Dominus, die der Prokurator ſchon bei Antritt ſeines Amts vorgefunden, ſondern ebenſo auch von denjenigen, die er nachträglich in deſſen Auftrag für ihn erwirbt. Die Geräthſchaften, Vorräthe ꝛc., die bei der Ernennung eines Prokurators z. B. auf dem Landgute waren, ſind nach der Verkehrsauffaſſung in keiner andern faktiſchen oder rechtlichen Lage, als die, die der Prokurator ſpäterhin im Auftrag des Dominus angeſchafft hat. Was der Prokurator als Wirthſchaftsorgan des Dominus an ſich nimmt, das unterliegt damit ſchon ohne weiteres der unmittelbaren Verfügung des Dominus, iſt, ohne daß es einer Tradition bedarf, nicht bloß in deſſen Beſitz, ſondern ſogar in deſſen Detention übergegangen.

Freilich aber wird man, damit dieſe Anſchauungsweiſe berechtigt erſcheine, eine doppelte Vorausſetzung machen müſſen. Einmal: die von dem Prokurator gemachte Anſchaffung muß innerhalb des ihm ertheilten Auftrags liegen oder, wenn nicht, von dem Dominus genehmigt ſein, mit einem Wort: durch ſein Rechtsverhältniß zu dem letzteren gedeckt werden. Zweitens: es muß, wenn nicht ſchon bei der Anſchaffung ſelbſt, dann

---

procurator, ſondern auch den hospes und amicus als eigentliche Stellvertreter zu qualifiziren, — ſo Paul Hirſch, Die Prinzipien des Sachbeſitzerwerbes ꝛc., S. 654 — wird für denjenigen, der den Sprachgebrauch der Quellen kennt, keines Beweiſes bedürfen. Vgl. namentlich Schloßmann, Beſitzerwerb durch Dritte, S. 35 ff.

Digitized by Google

spätestens bei der Besitzergreifung hervorgetreten sein, daß er als Wirthschaftsorgan des Dominus handelte; denn obwohl Untergebener, ist er doch nicht Sklave des Dominus, hat, obwohl dessen Wirthschaftsorgan, darum doch seine eigene selbständige wirthschaftliche und rechtliche Persönlichkeit nicht verloren, kann also nicht nur für den Dominus, sondern auch für sich selbst erwerben, und die Verfügungsgewalt des Dominus greift natürlich nur im erstern Falle Platz.

Beide Erfordernisse kommen in den oben angeführten Stellen klar zum Ausdruck. Zunächst das des Mandats oder der Ratihabition in D. (41, 2) 42 § 1, (41, 1) 13, (41, 2) 49 § 2, Paul. sent. 5, 2 § 2. Man streitet bekanntlich eifrig darüber, ob unter dem hier geforderten Mandat ein Spezialmandat zu verstehen sei oder ob ein allgemeines Mandat genüge. M. E. spricht nichts für die Forderung eines Spezialmandats. Man muß sich Folgendes klar machen. Wenn auch der Prokurator stets Beauftragter seines Dominus war, so stand doch der Umfang seines Mandats keineswegs rechtlich fest. Nothwendig umfaßte dasselbe wohl immer die zahlreichen faktischen Dienstleistungen, wie sie jede Verwaltung mit sich bringt, wie sie z. B. auch unsere Hausverwalter und Vicewirthe zu prästiren pflegen; dazu konnten dann auch allgemeine Aufträge rechtsgeschäftlichen Inhalts treten: zum Incasso, zur Vornahme von Zahlungen, auch zu den innerhalb des Geschäftskreises des Prokurators erforderlich werdenden Anschaffungen, vielleicht zu allen Anschaffungen, die dem Prokurator im Interesse des Dominus nothwendig oder nützlich erscheinen mochten [1]). Selbstverständlich besorgte der Prokurator aber, als Vertrauensmann seines Herrn, sehr oft auch sonstige von diesem gewünschte Anschaffungen und erhielt dann

1) Ueber diese Grenze hinaus ist zwar eine Vollmacht, nicht aber ein Auftrag denkbar.

Digitized by Google

Spezialauftrag dazu. An beide Arten von Auftrag werden die römischen Juristen gedacht haben, wenn sie von dem Prokurator, der für den Herrn Besitz erwerben soll, verlangen, daß er mandante domino oder ex mandato domini gekauft habe; nichts berechtigt uns dazu, die eine Art von Auftrag als ungenügend auszunehmen.

Der Prokurator muß aber bei dem Erwerb weiter auch als Wirthschaftsorgan seines Herrn gehandelt haben. Die gemachte Anschaffung kann sehr wohl innerhalb seines Auftrags liegen und doch für eigene Rechnung erfolgt sein; ein Prokurator, der z. B. den allgemeinen Auftrag hat, gewisse Wirthschaftsbedürfnisse für den Herrn anzuschaffen, kann ja dergleichen Sachen sehr wohl auch für sich brauchen und also auch für sich zu kaufen veranlaßt sein. Daß er für den Herrn kaufte, muß, wenn diesem der Besitz erworben werden soll, zwar nicht schon beim Kaufabschluß, nothwendig aber spätestens bei der Tradition hervorgetreten sein. Ist dies nicht der Fall, so erwirbt der Prokurator den Besitz für sich, und auf den Dominus geht er nur durch eine weitere Tradition über[1]). Auf dies Erforderniß ist m. E. das oft mißdeutete meo nomine in D. (41, 1) 13 pr.:

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, ...

und in D. (41, 3) 47:

1) Natürlich nicht in dem Sinn, daß etwa dem Dominus persönlich übergeben werden müßte. Da der Prokurator ja kraft seiner Anstellung mit der Gewahrsam für den Herrn betraut ist, so genügt zur Tradition an diesen schon eine bloße Anzeige von dem für ihn gemachten Erwerb, auch die Belastung des Herrn mit den Anschaffungskosten in den Rechnungsbüchern, ebenso die Verbringung der tradirten Sachen nach den Vorrathsräumen des Dominus ꝛc. Nicht aber genügt, auch hier nicht, eine bloße private Niederschrift des Prokurators, die dieser in jedem Augenblick vernichten kann.

Digitized by Google

Si emptam rem mihi procurator .... meo nomine adprehenderit ...

zu beziehen. Das will sagen: es muß aus den Umständen, in einer für den Prokurator dem Herrn gegenüber bindenden Weise, erkennbar geworden sein, daß er die Sache im Interesse des letzteren erwarb. Als in diesem Sinne schlüssig können sehr verschiedenartige Umstände in Betracht kommen. War dem Prokurator Spezialmandat ertheilt, so wird in der Regel schon dies für sich allein ausreichen, da über die Beziehung der Anschaffung zu diesem Mandat fast nie ein Zweifel möglich sein wird. War sein Auftrag ein allgemeiner, so können für die Frage, ob er suo oder domini nomine erworben hat, ausschlaggebend sein z. B. schon die Natur des angeschafften Gegenstandes, der vielleicht für die Wirthschaft des Herrn nothwendig, für die des Prokurators unbrauchbar ist; oder die Erklärungen, die der Prokurator schon beim Kauf selbst abgegeben hat — wir würden hier in der Regel Kauf in fremdem Namen annehmen, jedenfalls aber kann der Dominus sich auf solche Erklärungen dem Prokurator gegenüber berufen —; oder die Anordnungen, die er über die Tradition gab, er hat z. B. die gekauften Vorräthe nach dem Magazin des Dominus senden lassen. Liegen Umstände dieser oder ähnlicher Art vor, die ein objektives Urtheil zu dem Schluß berechtigen, die Anschaffung sei im Interesse des Dominus erfolgt, so kann m. E. auch die etwaige Unterschlagungsabsicht des Prokurators nichts an dem Erfolg ändern, daß Besitz und Eigenthum dem Dominus erworben wird [1]).

1) Es ist also auch hier nicht die innere, irgendwie erkennbar gewordene Absicht des Prokurators, die die Entscheidung giebt. Nicht darauf kommt es an, wem der Prokurator erwerben *wollte*, sondern darauf, wen die objektive Sachlage, bei der freilich auch die Erklärungen des Prokurators ihre Rolle spielen, als den Erwerber bezeichnet.

Digitized by Google

So viel vom Prokurator. Wir müssen nun auch für den Vormund die Frage beantworten, aus welchen Gründen und unter welchen Voraussetzungen dieser das im Interesse des Pupillen Angeschaffte unmittelbar diesem erwirbt.

Offenbar kann der Vormund nicht gleich dem Prokurator als Detentionsgehülfe des Mündels bezeichnet werden. Er *hilft* ihm nicht detiniren, sondern detinirt *für* ihn. Aber hier macht sich die umgekehrte Erwägung geltend: daß nämlich der Mündel seinerseits keine von dem Willen des Vormunds unabhängige Detentionssphäre hat. Der Vormund kann alles, was er für den Mündel anschafft, in seine eigene Detention nehmen, und der Mündel hat, solange die Vormundschaft dauert, kein Mittel, ihn zur Tradition an ihn selbst zu zwingen. Wenn nun Alles, was der Vormund in eigenem Namen für den Mündel anschafft, in das Eigenthum des Vormunds fiele, so wäre der Mündel den größten Gefahren ausgesetzt: es könnte geschehen, daß sich allmählich das ganze Vermögen des Mündels durch Veräußerung und Neuanschaffung in Eigenthum des Vormunds verwandelte. Gewiß hat das Recht Anlaß, den Mündel gegen diese Gefahr nach Möglichkeit zu schützen, um so mehr, als einem Mündel die Vertretung durch den Vormund vom Recht aufgezwungen wird. Daher der in D. (41, 1) 13 § 1 ausgesprochene Satz, daß der Vormund „emendo nomine pupilli" diesem auch ohne dessen Wissen das Eigenthum erwirbt[1]). Aber freilich: soll dieser Satz in Wirksamkeit treten, so muß es auch — und zwar, wie beim Prokurator, spätestens im Moment der Tradition — in einer für den Vormund dem Mündel gegenüber bindenden

1) Der gleichen rechtspolitischen Erwägung verdankt auch die utilis rei vindicatio des Mündels auf die Sachen, die der Vormund mit Mündelgeld für sich angeschafft hat, ihre Anerkennung.

Digitized by Google

Weise feststehen, daß der Vormund nomine pupilli, d. h. als Wirthschaftsorgan des Mündels die Anschaffung vollzogen hat. Fehlt es an dieser Voraussetzung, so erwirbt der Vormund — gleich dem Prokurator im entsprechenden Falle — für sich und überträgt auf den Pupillen Eigenthum nur durch eine weitere Tradition, die aber, wie oben bemerkt, auch schon durch bloße Buchung erfolgen kann. Die Momente, die für die Entscheidung in Betracht kommen, dürften in ähnlicher Weise zu bestimmen sein wie beim Prokurator: vorgängige Verhandlungen über die Anschaffung mit Mitvormündern oder auch dem Pupillen selbst, Beziehung der Anschaffung zu Bedürfnissen des Pupillen, nicht aber des Vormundes ꝛc. Der Fall, den die Römer bei ihrem Satz sicher in erster Linie im Auge hatten — wenn nämlich der Vormund schon beim Kauf selbst dem Verkäufer gegenüber als solcher hervorgetreten war —, scheidet für uns freilich ganz aus, da wir hier Vertragsschluß im Namen des Mündels annehmen würden.

Prokurator und Tutor — darauf beschränken sich die römischen Ausnahmen von der Regel, daß, wer aus ihn selbst angehender causa Besitz ergreift, ihn auch für sich selbst erwirbt. Müssen wir bei diesen Ausnahmen stehen bleiben oder treibt ihre ratio zu analoger Ausdehnung?

In einer Richtung ist m. E. ein Hinausgehen über die Quellen in der That unausweichlich. Wenn wir den Grund, um deswillen der Prokurator das in eigenem Namen Angeschaffte für den Herrn zu erwerben vermag, richtig gekennzeichnet haben, so muß nothwendig das, was von ihm gilt, auf alle Mandatare ausgedehnt werden, die in gleichem Sinne ständige Wirthschaftsorgane und Detentionsgehülfen ihres Mandanten sind, insbesondere also auf unsere Dienstboten und Geschäftsangestellten, die im Auftrag ihres Herrn Erwerbgeschäfte in

Digitized by Google

eigenem Namen machen [1]). Daß die Römer diesen Analogieschluß nicht gezogen haben, darf uns nicht irre machen. Freie Dienstboten hatten sie nicht, und auch unter den Geschäftsangestellten dürften die Sklaven überwogen haben, die ohnedies für ihre Herren erwarben. War aber einem freien Angestellten nicht etwa bloß Ermächtigung zum obligatorischen Kontrahiren mit Dritten ertheilt, sondern die Magazin- oder Kassenverwaltung anvertraut, so war er eben nicht bloß institor, sondern zugleich procurator, und es galt für ihn der allgemeine Satz. So war also kein Bedürfniß für die Erstreckung unseres Rechtssatzes über die Prokuratoren hinaus. Wir aber sind nach unseren Verhältnissen zu dieser Erstreckung allerdings gezwungen. Was also z. B. der Dienstbote auf dem Markt, der Geschäftsangestellte auf einer Einkaufsreise nach Auftrag einkauft und sich tradiren läßt, fällt sofort in Besitz und Eigenthum des Herrn, auch wenn der Kauf in eigenem Namen erfolgt ist [2]). Aber man hüte sich wohl, bei dieser Ausdehnung der römischen Grundsätze über den Kreis der Personen hinauszugehen, die in einem festen Dienstverhältnisse stehen. Wenn Bremer a. a. O. S. 84 fg. es für ganz gleichgültig zu halten scheint, ob ich meinem Dienstboten oder meinem Nachbar den Auftrag gebe, einen von mir ausersehenen Gegenstand in einem nahen Laden gegen Zahlung

1) Die „Besitzdiener" (s. Bekker, Jahrb. Bd. 34 S. 42 ff.) des E [2] § 778. Es ist in hohem Grad beachtenswerth, daß der Entwurf, ganz unabhängig vom römischen Recht, durch rein praktische Erwägungen zu demjenigen Ergebniß gelangt ist, das m. E. durch die Konsequenz des römischen Rechts geboten ist.

2) Auf die Bedeutung des Dienstverhältnisses für die Stellvertretung machen auch Dernburg, Pand., Bd. 1 § 180, und Hölder, Pand., S. 296 aufmerksam, doch ohne die nothwendige Begründung. Auch irrt m. E. Hölder, wenn er die Handlung des Dienstmanns mit der des Dienstboten auf eine Stufe stellt.

Digitized by Google

des Preises zu kaufen und sich übergeben zu lassen, so bin ich umgekehrt überzeugt, daß diese beiden Fälle durchaus verschiedene Behandlung fordern, und ebenso ist es m. E. nicht dasselbe, ob der Reisende oder der Kommissionär eines Kaufmanns in eigenem Namen gekaufte Sachen sich hat tradiren lassen. Diese Unterscheidung ist nicht willkürlich; sie entspricht durchaus der gemeinen Anschauung des Verkehrs. Wo wir einen ständig Bediensteten uns gegenüber haben und also befehlen dürfen, fühlen wir uns als Herren, und darum betrachten wir uns auch als Herren der Sachen, die solche Personen für uns erworben haben. Wenn der Untergebene dem Herrn verbieten wollte, über das für ihn Eingekaufte zu verfügen, braucht sich der Herr an solches Verbot nicht zu kehren. Die Hausfrau überschreitet ihre Befugnisse dem Dienstboten gegenüber nicht, wenn sie die von diesem nach Auftrag eingekauften Marktwaaren auch in Widerspruch mit dessen erklärtem Willen an sich nimmt[1]), der Kaufmann die seinen dem Einkaufsreisenden gegenüber nicht, wenn er gegen dessen Willen die von diesem etwa dem Fuhrmann übergebenen Waaren nach seinem Magazin bringen läßt. Dem Nachbar und dem Kommissionär gegenüber liegen die Verhältnisse wesentlich anders; ihnen haben wir nichts zu befehlen, und ihr Verbot haben wir zu respektiren. Sie stehen uns nicht nur im Recht, sondern auch in der Verkehrsanschauung als Personen mit völlig selbständiger Detentionssphäre gegenüber.

Ueberhaupt glaube ich, abgesehen von den Dienstboten und Geschäftsangestellten, keinerlei weitere Ausdehnung der von den Prokuratoren geltenden Grundsätze anerkennen zu dürfen und namentlich deren Anwendbarkeit auf den Erwerb

1) Ob dabei Gewaltanwendung gegen Personen zulässig ist, ist natürlich eine ganz andere Frage.

Digitized by Google

eines geſchäftsführenden Socius oder des Vorſtands einer juriſtiſchen Perſon oder ſolcher Vermögensverwalter, die nicht Angeſtellte ihrer Mandanten ſind, entſchieden verneinen zu müſſen. Für das, was der Socius in eigenem Namen anſchafft, giebt Paulus in D. (17, 2) 74 die allgemeine Richtſchnur:

Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune, sed societatis iudicio cogitur rem communicare.

Sein Verhältniß gleicht dem des Nachbars oder Kommiſſionärs, nicht dem des Prokurators. Ebenſowenig können die Vorſtände juriſtiſcher Perſonen mit dem Prokurator oder mit dem Vormund auf eine Stufe geſtellt werden. Mit dem Prokurator nicht, weil ſie als Vorſtände eben keine Untergebenen ſind. Mit dem Vormund nicht, weil es ihnen keineswegs gleich dem Vormund geſtattet iſt, in die Detentionsſphäre der von ihnen vertretenen Perſon einzugreifen, die Sachen dieſer ſelber in Detention zu nehmen. Der Direktor einer Aktiengeſellſchaft oder der Vorſtand einer Stiftung iſt als ſolcher nicht befugt, etwa die Werthpapiere der Aktiengeſellſchaft oder der Stiftung in ſeinen eigenen Kaſſenſchrank zu transferiren. Was der juriſtiſchen Perſon beſtimmt iſt, wird, dem regelmäßigen Lauf der Dinge nach, auch ſofort beim Erwerb in ihre Detention übertragen, eines beſonderen Schutzes für ſie bedarf es nicht. Sie erwirbt, was in ihrem Namen angeſchafft wird, und erwirbt *nicht*, was der Vorſtand in eigenem Namen anſchafft. Am eheſten könnte man noch verſucht ſein, die ſtändigen Vermögensverwalter, die, ohne Angeſtellte ihrer Mandanten zu ſein, doch deren Sachen, erſt übergebene wie neu angeſchaffte, dauernd in ihrer Verwahrung behalten, nach Art der Vormünder zu behandeln. Jemand übergiebt z. B. einem Verwandten, der Kaufmann iſt, ſeine Werthpapiere mit dem Auftrag, die durch Ausloſung, Zinszahlung, Dividenden ein-

Digitized by Google

kommenden Beträge ſtets wieder neu anzulegen und die ſo angeſchafften Papiere gleich den anderen zu verwahren. Tritt nicht hier, auch wenn der Mandatar in eigenem Namen gekauft hat, unmittelbarer Beſitz- und Eigenthumserwerb für den Mandanten ein, ſobald der Ankauf nur wirklich im Intereſſe des Mandanten erfolgt iſt? Die Praxis, unter dem Einfluß der herrſchenden Theorie, hat ſehr oft in dieſem Sinne entſchieden. Ich bin durchaus entgegengeſetzter Anſicht. Die beſonderen Gründe, die den Pupillen ſchutzbedürftig erſcheinen laſſen, liegen hier nicht vor, und auch de lege ferenda empfiehlt ſich jene Gleichſtellung nicht. Ja, wenn es ſo leicht wäre, zu entſcheiden, in weſſen Intereſſe eine Anſchaffung erfolgt iſt! Die Beſitz- und namentlich die Eigenthumsfrage verlangen eine Entſcheidung nach klaren, ſicheren, unzweideutigen Merkmalen, und gerade daran fehlt es hier in der Regel. Beim Prokurator bringt es die Natur ſeiner Anſtellung und Verwendung mit ſich, daß über den Deſtinatär ſeiner Anſchaffungen gewöhnlich kein Zweifel ſein wird. Schon beim Vormund aber werden ſich oft ſolche Zweifel einſtellen, und nur die Schutzbedürftigkeit des Mündels iſt m. E. die Urſache geweſen, um deren willen man ſich über das darin liegende Bedenken hinweggeſetzt hat. Da man dem Mündel auch da, wo der Vormund mit Mündelgeld Sachen in suum nomen angeſchafft hatte, mittels utilis rei vindicatio half, kam überdies gerade in den wichtigſten Zweifelsfällen auf die Frage, wem der Vormund Beſitz und Eigenthum erworben hatte, praktiſch nicht ſo gar viel an. Solche beſondere Rechtfertigungsgründe fehlen aber bei Vermögensverwaltern der gedachten Art durchaus. Man erwäge wohl: auch wenn man unſerer Anſicht folgt, iſt dem Mandanten der Eigenthumserwerb ſehr leicht gemacht; der Mandatar tradirt ihm auch hier ſchon durch die bloße Anzeige von der erfolgten Anſchaffung: denn dadurch

Digitized by Google

iſt bindend feſtgeſtellt, daß das Angeſchaffte in die Detention nomine alieno, zu der ihn ſein Mandat befugt und verpflichtet, übergegangen iſt. Der erwachſene Handlungsfähige, der ſich ſo wenig um das Schickſal ſeines Vermögens bekümmert, daß er nicht einmal auf einer ſolchen Anzeige beſteht, verdient m. E. keinen Schutz den widerſtreitenden Intereſſen Anderer gegenüber: iura vigilantibus scripta sunt. Als ſolche widerſtreitende Intereſſen aber kommen namentlich die der Konkursgläubiger des Mandatars in Betracht, die mit Ausſonderungsanſprüchen bedroht werden, über deren Begründung oder Nichtbegründung ſich vom Standpunkt der jetzt herrſchenden Theorie faſt nie etwas Sicheres ſagen läßt. Man kennt ja die Argumente, die hier vorgebracht zu werden pflegen. Die vom Mandatar in einem beſtimmten Zeitpunkt angeſchafften Papiere hätten annähernd ſo viel gekoſtet, als für den Mandanten an Zinſen ꝛc. verfügbar war: war dadurch der Mandatar gehindert, in gleichem Betrag Anſchaffungen für ſich ſelbſt zu machen? Die Papiere hätten ſich im Depotkaſten des Mandanten gefunden: kann ſie der Mandatar nicht erſt im letzten Moment vor dem Konkurs hineingelegt haben, und wenn er ſie ſchon früher hineingelegt hat, konnte er ſie nicht jeder Zeit wieder herausnehmen, ohne daß ein Hahn danach krähte? Hatte er ſich durch ſolchen dem Mandanten nicht mitgetheilten Akt irgendwie gebunden? Der Mandatar habe Spezialauftrag gerade zur Anſchaffung dieſer Papiere gehabt: konnte er nicht trotzdem gerade dieſe Papiere für ſich ſelbſt anſchaffen und den Auftrag unausgeführt laſſen? Er mag ſich auf letztere Möglichkeit dem Mandanten gegenüber, dem er ſich gebunden hat, nicht berufen dürfen; aber gilt das auch für Dritte, die das Mandat nicht berührt? Zu ſicheren und auch das Billigkeitsgefühl befriedigenden Entſcheidungen gelangt man, wie man ſieht, nur dadurch, daß man mit der herr-

Digitized by Google

ſchenden Lehre grundſätzlich bricht und ſich jeder weitern Ausdehnung der vom Prokurator und Tutor geltenden Regeln widerſetzt.

B.

Unſere bisherigen Ausführungen haben uns zu dem Ergebniß geführt, daß der Beſitzerwerb durch Stellvertreter bedingt iſt einerſeits durch die causa, auf Grund deren der Beſitzerwerb ſtattfindet, andererſeits durch das zwiſchen dem Prinzipal und dem Vertreter beſtehende Rechtsverhältniß. Eine Vollmacht der bei der Beſitzergreifung handelnden Perſon — Vollmacht in dem früher erörterten Sinne als einſeitige Erklärung des Prinzipals Dritten gegenüber genommen — kommt in Betracht für die Frage, ob durch die Beſitzergreifung für den Vollmachtgeber ein Kaufalverhältniß beſtimmter Art gelöſt oder geknüpft werden kann; für die Frage, wer den Beſitz erwirbt, iſt ihre Exiſtenz ohne jede Bedeutung. Die Beſitz ergreifende Perſon kann mit Rückſicht auf das Kaufalverhältniß Vollmacht haben und doch für ſich ſelbſt Beſitz erwerben, nämlich wenn ihr die Vollmacht zum Zwecke einer Zuwendung an ſie ſelbſt ertheilt iſt; ſie kann ohne Vollmacht handeln und doch für den Prinzipal erwerben, wie der Prokurator, der in eigenem Namen, aber im Auftrag und Intereſſe des Herrn gekauft hat.

Setzt der unmittelbare Beſitz- und Eigenthumserwerb des Prinzipals keine Vollmacht des Vertreters voraus, ſo iſt es auf der anderen Seite ungenau, wenn man dazu auf Seiten des Prinzipals nichts weiter fordert, als eine irgendwie geſtaltete Aeußerung des Beſitzwillens. Geſetzt, ein Gläubiger hätte an einen Vertrauensmann einen Brief mit Inkaſſomandat abgeſendet, der Brief wäre aber nicht in die Hände des Adreſſaten gelangt: wenn nun dieſer Adreſſat, ohne um die Abſicht des Abſenders zu wiſſen, die fraglichen Forderungen

Digitized by Google

als Gestor in dessen Namen eingezogen hätte, so wird wohl schwerlich Jemand daran zweifeln, daß hier kein sofortiger Besitz- und Eigenthumserwerb des Prinzipals stattfindet, obwohl doch sein animus possidendi feststeht. Die direkte Stellvertretung beim Besitzerwerb wird nicht schon durch eine einseitige Erklärung des Prinzipals ermöglicht, sie ist vielmehr m. E. im Prinzip geknüpft an die Existenz eines obligatorischen Rechtsverhältnisses zwischen dem Prinzipal und demjenigen, der den Besitz ergreift, eines Rechtsverhältnisses, das einerseits den Besitzwillen des Prinzipals involvirt, andererseits den Apprehendenten schon durch seine bloße Existenz zum Vertreter im Besitzerwerbe stempelt. Als solche Rechtsverhältnisse kommen in Betracht: Amt (insbesondere Vormundschaft), Mandat (unter Umständen in der besonderen Gestalt der Prokuratur oder verwandter Verhältnisse), die durch Ratihabition ergänzte negotiorum gestio, die Societät. Auch aufgehoben wird die in Bezug auf den Besitzerwerb einmal begründete Vertretungsmacht nur durch die Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses, wenn dieses also z. B. ein Inkassomandat ist, durch Widerruf nicht etwa dem dritten Schuldner, sondern dem Mandatar gegenüber. Ein Widerruf bloß dem dritten Schuldner gegenüber kann bedeutsam werden für das Kausalverhältniß, nicht aber für die Frage des Besitz- und Eigenthumserwerbs. So würde z. B. ein Inkassomandatar, dessen Inkassovollmacht ohne sein Wissen [1]), etwa durch Cirkular den Schuldnern gegenüber, zurückgezogen worden wäre, wenn ihm vielleicht die Erben eines Schuldners irrthümlich gleichwohl zahlen, durch die Empfangnahme der Zahlung zwar diese nicht von

1) Hat freilich der Mandatar von der Rückziehung der Vollmacht, sei es auch nur auf indirektem Wege, Kenntniß erhalten, so wird der Widerruf nach Treu und Glauben auch ihm gegenüber wirksam, und er erwirbt daher nicht weiter für den Prinzipal.

Digitized by Google

ihrer Schuld befreien, Beſitz und Eigenthum an dem gezahlten Geld aber dennoch für den Mandanten erwerben. Eine Aufhebung des Obligationsverhältniſſes zwiſchen Prinzipal und Stellvertreter liegt aber, es braucht dies kaum hervorgehoben zu werden, ſelbſtverſtändlich nicht ſchon darin, daß ein Vertreter veränderte Inſtruktion erhält. Ein Prokuriſt z. B. bleibt dem Prinzipal als ſolcher obligirt, auch wenn ihm etwa unterſagt wird, eine beſtimmte Forderung einzuziehen, und erwirbt daher, wenn er ſie dennoch einzieht, trotz dieſes Verbots Beſitz und Eigenthum für den Prinzipal; erloſchen iſt das durch Ertheilung der Prokura begründete Mandatsverhältniß erſt durch deren völlige Entziehung [1]).

Ich ſuchte zu erweiſen, daß die Entſcheidung, wem eine in Bezug auf das Kaufalverhältniß bevollmächtigte Perſon Beſitz und Eigenthum erwerbe, ob ſich oder ihrem Vollmachtgeber, lediglich von dem internen Rechtsverhältniſſe zwiſchen ihr und ihm abhänge. Iſt dies nun richtig, ſo iſt die Frage nicht zu umgehen: welche Folgen hat es, wenn ein Rechtsverhältniß der Art, wie wir es bisher vorausſetzten, zwiſchen dieſen Perſonen überhaupt nicht zu Stande gekommen oder aber das beſtehende wirkſam wieder aufgehoben worden iſt, gleichwohl aber der Bevollmächtigte kraft ſeiner Vollmacht den Beſitz erlangt hat? Das Mandat des Inkaſſobevollmächtigten war z. B. zur Zeit der Einziehung der Schuld bereits wirkſam widerrufen, oder es war eine Schenkung an ihn beabſichtigt, aber eine verbotene. Welche Wirkung hat dies für das Kaufalverhältniß zwiſchen dem Prinzipal und dem betheiligten Dritten? Und wie geſtalten ſich in ſolchem Falle die Beſitz- und Eigenthumsverhältniſſe? Bei oberflächlicher Betrachtung

1) Darauf dagegen, ob dieſe Entziehung auch nach außen hin gehörig bekannt gemacht iſt, kommt hinſichtlich der uns beſchäftigenden Frage nichts an. H.G.B. Art 46 hat darauf keinen Bezug.

Digitized by Google

liegt es sehr nahe, hier folgendermaßen zu argumentiren. Da der Vertreter mit Vollmacht gehandelt habe, so könne die Wirkung seiner Besitzergreifung hinsichtlich des Kausalverhältnisses durch die Deficienz des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und seinem Vollmachtgeber gar nicht berührt werden, der Schuldner also z. B., der dem ihm gegenüber Inkassobevollmächtigten zahle, werde jedenfalls gänzlich liberirt. Wichtig werde die Ermangelung jenes Rechtsverhältnisses nur für die Besitz- und Eigenthumsfrage. Allein diese Argumentation wäre trügerisch. Wenn nämlich jener Mangel die Eigenthumsfrage in der Richtung beeinflussen sollte, daß in Folge davon weder Bevollmächtigter noch Vollmachtgeber Eigenthum erlangen, dieses vielmehr bei dem Tradenten zurückbleibt, so ist klar, daß dieser Umstand auch im Kausalverhältniß sich geltend machen muß. Der Schuldner z. B., der Eigenthümer der Sache geblieben ist, deren Eigenthum er zu übertragen verpflichtet war, hat, ob auch ohne seine Schuld, doch nicht vollständig geleistet, was er zu leisten hatte, und kann also auch nicht vollständig liberirt sein. Der Vollmachtgeber kann dann zwar gewiß keine Wiederholung der an den Bevollmächtigten wirklich erfolgten Leistung verlangen, also, nachdem Tradition des Besitzes erfolgt ist, nicht nochmals auf Tradition klagen [1]); keineswegs aber darf man den Satz aufstellen, daß die an den Bevollmächtigten geschehene Tradition im Kausalverhältniß unter allen Umständen ganz ebenso wirken müsse wie die an den Prinzipal.

Die hier aufgeworfenen Fragen werden in einer Reihe von Quellenstellen behandelt, aber nicht so, daß kein Raum zu Zweifeln übrig bliebe. In erster Linie kommt hier eine von

1) Wo daher die Verpflichtung des Schuldners überhaupt nicht auf dare geht, tritt vollständige Liberation ein, D. (24, 1) 26 pr.

African überlieferte Entſcheidung Julians[1]) in Betracht. D. (46, 3) 38 § 1:

> Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare.

Titius hatte Inkaſſovollmacht[2]) erhalten, ob in Verbindung mit einem Inkaſſoauftrag oder in Abſicht, ihm zu ſchenken, oder in welcher Abſicht ſonſt, wird nicht geſagt, iſt auch gleichgültig; jedenfalls war in Folge des nachher erfolgten Annahmeverbots dieſes innere Rechtsverhältniß entweder wieder aufgehoben oder aber gar nicht zu Stande gekommen. Gleichwohl hatte Titius die Zahlung empfangen. Es wird unterſchieden, ob er ſie animo furandi oder in redlicher Abſicht, d. h. in der Abſicht, das Empfangene dem Gläubiger abzuliefern, entgegennahm. Erſterenfalls bleibt das Geld Eigenthum des Schuldners, und er wird ebendeshalb nicht vollſtändig liberirt; die actio des Gläubigers bleibt ipso iure beſtehen; nur kann ſich der Schuldner gegen ſie mittels exceptio doli ſchützen, wenn er ſich bereit erklärt, die ihm erwachſene condictio (man darf wohl unbedenklich hinzufügen: auch ſeine

1) Darüber, daß die in den Quäſtionen Africans mit ait u. dergl. überlieferten Entſcheidungen auf Julian zurückgehen, vgl. ſtatt Anderer Karlowa, R.G., Bd. 1 S. 712. Ich lege Gewicht auf dieſe Feſtſtellung, weil man ſich danach wohl beſinnen muß, ehe man einen Widerſpruch zwiſchen D. (46, 3) 38 § 1 und anderen Entſcheidungen Julians annimmt, wie dies Wendt, Das allg. Anweiſungsrecht, (1895) S. 42 thut.

2) Die Berechtigung, hier und in den fgg. Stellen den iussus als Vollmacht zu qualifiziren, wird S. 113 fgg. erwieſen werden.

Digitized by Google

rei vindicatio) zu cediren. Im modernen Prozeß würde daraus einfach eine Klage auf diese Cession werden. Im zweiten Fall dagegen tritt nach der Stelle vollständige Liberation des Schuldners ein, und zwar, wie man per arg. e contrario nothwendig schließen muß, sicher deshalb, weil ihm hier das Eigenthum an den Geldstücken verloren gegangen ist. Aber an wen ist dasselbe gelangt? Die Stelle sagt es nicht, und wir sind auf allgemeine Erwägungen angewiesen. Wohin führen diese? Offenbar liegt hier ein Fall der negotiorum gestio vor, und so *kann* der Gläubiger gewiß mit der Wirkung ratihabiren, daß Besitz und Eigenthum ihm erworben wird [1]). Aber wenn er nicht ratihabirt? Besitzer ist hier — dies habe ich schon oben (S. 60) ausgeführt — m. E. der gestor selbst. Aber wird er auch Eigenthümer? Ich zweifle in der That nicht, daß dies Julians Meinung gewesen ist. Denn sonst wäre es entweder nicht zu verstehen, daß er den Schuldner ohne jede Rücksicht auf die Frage der Ratihabition für schlechthin liberirt erklärt, oder Julian müßte der Ansicht gewesen sein; daß auch ohne Ratihabition der Dominus Besitzer und Eigenthümer des an den gestor gezahlten Geldes werde. Letzteres scheint mir ganz unannehmbar: es würde allen sonst für den Besitzerwerb maßgebenden Grundsätzen widersprechen, wenn Jemand an Sachen, deren Besitz ein Anderer für ihn ohne Mandat und direkt wider seinen Willen ergriff, Besitz und Eigenthum erlangte. Man denke nur an die doch nicht zu bestreitende Möglichkeit, daß der Dominus das Geld überhaupt gar nicht haben wollte, die Forderung z. B. zu erlassen oder zu cediren gedachte. Für die von mir Julian zugeschriebene Meinung ließe sich Folgendes anführen. Der Schuldner, der dem Inkassobevollmächtigten zahlt, will seiner

1) D. (3. 5) 23.

Digitized by Google

Schuld endgültig ledig werden und entäußert sich seines Eigenthums keineswegs bloß bedingungsweise (etwa nur für den Fall, daß der Gläubiger selbst es erwerbe), und umgekehrt der Inkassobevollmächtigte bethätigt bedingungslos seinen Willen, zu erwerben — für wen der Erwerb stattfinden soll, ist ja dem Schuldner gleichgültig. Gewiß hat der Inkassobevollmächtigte, insofern er auf Ratihabition rechnet, im Stillen den Willen, für den dominus zu erwerben; aber eine bedingte Besitzergreifung giebt es nicht, er hat, obwohl jener Ratihabition unsicher, den Besitz einmal ergriffen, und wenn er nun mangels Ratihabition für den dominus nicht erwerben kann, ist es das Natürliche, daß er für sich selbst erwirbt. Nur aus Gründen moralischer Natur erklärt es sich, daß der animus furandi des Inkassobevollmächtigten dessen eigenen Erwerb hindert; hatte er in redlicher Absicht empfangen, so sprechen weder moralische noch Zweckmäßigkeitsgründe dafür, dem Schuldner, der seiner Obligation ledig sein will, das Eigenthum und damit auch die Obligation wieder aufzudrängen. Dem dominus, der durch Verweigerung der Ratihabition gezeigt hat, daß er das Eigenthum nicht haben will, kann man es ebensowenig zusprechen. So erübrigte also nur, es dem Bevollmächtigten zuzuweisen, der aber selbstverständlich dem dominus aus seiner negotiorum gestio verpflichtet bleibt.

Erhebliche Schwierigkeiten bietet die Erklärung einer zweiten Entscheidung Julians, die seinen Digesten entnommen ist, D. (46, 3) 34 § 7:

> Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.

Digitized by Google

Der Gläubiger hat dem Titius, in der Absicht, ihm zu schenken, Inkassovollmacht ertheilt, dieser aber — ob in Ablehnung oder in Unkenntniß dieser Absicht, wird sogleich zu erörtern sein — das Geld mit dem Willen in Empfang genommen, es für den Gläubiger zu erwerben. Der Jurist läßt den Schuldner sofort liberirt, das Geld aber erst dadurch Eigenthum des Gläubigers werden, daß Titius es ihm übergiebt. Es fragt sich: wer ist in der Zwischenzeit Eigenthümer gewesen? Darüber herrscht Streit: Schloßmann[1]) und Wendt[2]) schreiben das Eigenthum der Zwischenzeit dem Titius zu; Mitteis[3]) dagegen meint, „ipso iure" sei der Schuldner selbst noch Eigenthümer des Geldes geblieben, doch könne der Gläubiger jederzeit durch einfache Ratihabition der negotiorum gestio des Titius den Uebergang des Eigenthums auf sich, und zwar mit rückwirkender Kraft, herbeiführen. Ich halte beide Ansichten für nicht haltbar. Wäre der Jurist davon ausgegangen, daß Titius Eigenthümer geworden sei, so wäre die Mittheilung, daß er durch Tradition dies Eigenthum auf den Gläubiger übertrage, für einen Julian doch gar zu trivial; er hätte — vom Standpunkt dieser Meinung aus — vielmehr sicher die auffallende Thatsache, daß Titius im Widerspruch mit seiner eigenen Absicht Eigenthümer werde, ausdrücklich hervorgehoben und etwa so geschrieben: quamvis Titius ea mente nummos acceperit, ut meos nummos faceret, nummi eius fient et debitor liberabitur. Gegen Mitteis aber spricht, daß der Geschäftsherr durch Ratihabition zwar einem Zustand der Schwebe zwischen sich und seinem Gestor ein Ende machen, nicht aber den Uebergang des einem Dritten verbliebenen Eigenthums auf sich bewirken könnte, und sodann

1) a. a. O. S. 81 f.
2) Das allgem. Anweisungsrecht, S. 36 f.
3) a. a. O. S. 58 f.

Digitized by Google

namentlich, daß Julian die Möglichkeit der Ratihabition, und gar einer solchen mit rückwirkender Kraft, gar nicht erwähnt[1]), sondern Tradition fordert. M. E. ist das Eigenthum der Geldstücke trotz der Zahlung an Titius vorläufig dem Schuldner verblieben, und wenn der Gläubiger nachher in Folge der Uebergabe des Titius Eigenthümer wird, so ist dies einfach darauf zurückzuführen, daß er voluntate domini Besitz ergriffen hat: Titius fungirte dabei als bloßer Ueberbringer. Zur Rechtfertigung dieser Auffassung wird es nothwendig sein, sich darüber klar zu werden, wie der Dissens des Titius gegenüber der Schenkungsabsicht des Gläubigers zu erklären ist. Schloßmann denkt an bewußte Zurückweisung der Schenkung, Mitteis und Wendt dagegen an ein bloßes Mißverständniß. Mir scheint nur die letztere Annahme möglich. Hätte Titius die Schenkungsabsicht des Gläubigers gekannt, so hätte er, wenn er trotz Ablehnung dieser Absicht das Geld in Empfang nahm, sich als unbeauftragten Geschäftsführer des Gläubigers fühlen müssen; dann aber konnte einerseits er nicht wohl der Meinung sein, das Eigenthum unmittelbar dem Gläubiger zu erwerben, andererseits dieser das Geld auch durch einfache Ratihabition in sein Eigenthum bringen, und Julian hätte diese Möglichkeit erwähnen müssen. Der Fall ist also so zu denken, daß Titius, dem der Gläubiger vielleicht nur einfach geschrieben hatte, er solle das Geld erheben, diese Mittheilung irrig als Mandat auffaßte und eben deshalb des Glaubens war, für den Gläubiger erwerben zu können[2]).

1) Man achte auf das Futurum: nummi mei fient, nicht etwa: nummi retro mei facti esse videbuntur. In der Entgegennahme des Geldes durch den Gläubiger würde doch jedenfalls auch eine Ratihabition gefunden werden müssen.

2) Nebenbei: wenn Obiges zutrifft, scheitert die Auslegung, wonach Titius Eigenthümer der Zwischenzeit wäre, noch an einem weitern Bedenken. Titius würde nämlich dies sein Eigenthum nicht kennen und

Digitized by Google

Nun treten bekanntlich die obligatorischen Wirkungen der negotiorum gestio auch dann ein, wenn der Gestor sich irrig für beauftragt hielt; daraus folgt aber nicht, daß ein Gleiches auch für die dinglichen Wirkungen gilt. Wer sich der Eigenschaft als bloßer Gestor bewußt ist, handelt zwar in Erwartung der Ratihabition, aber er weiß, daß diese auch ausbleiben kann, und wenn er gleichwohl Zahlungen für seinen Dominus entgegennimmt, so thut er dies eben auf alle Fälle, und es ist verständlich, daß bei verweigerter Ratihabition er selbst als Eigenthümer des empfangenen Geldes behandelt wird. Der vermeintliche Mandatar dagegen ist überzeugt, sofort für seinen Mandanten zu erwerben, einen anderen Fall zieht er gar nicht in Rechnung, selbst will er das Geld auf keinen Fall haben; daher tritt hier auch kein Zustand der Schwebe ein, ist Ratihabition gar nicht möglich und bleibt das Eigenthum bei dem zahlenden Schuldner so lange, bis der Gläubiger es durch Ergreifung des Besitzes der Geldstücke an sich bringt. Freilich aber ergiebt sich nunmehr eine neue Schwierigkeit: wenn der Schuldner Eigenthümer des Geldes geblieben ist, wie kann dann Julian sagen „debitor liberabitur"? Steht dies nicht in offenem Widerspruch mit dem „liberationem ipso iure non posse contingere debitori" in D. (46, 3) 38 § 1? Man wird, um diesen scheinbaren Widerspruch zu lösen, in letzterer Stelle Ton auf das ipso iure legen und sich erinnern müssen, daß die Bedeutung des Worts liberatio eine schwimmende ist, daß das Wort sehr wohl auch die liberatio per exceptionem bezeichnen kann [1]).

es daher auch durch Tradition nicht auf den Gläubiger übertragen, quia nemo errans rem suam amittit.

1) Vgl. z. B. liberari transactione in D. (46, 1) 68 § 2, pacto in D. (42, 8) 1 § 2, (34, 3) 3 § 3, 5 pr. § 2, tempore (Stellen, wobei doch auch an die exceptio temporis zu denken ist) in D. (12, 2) 9 § 3, (42, 8) 3 § 1, (39, 6) 24. Ob auch C (8, 42) 9 hierherzurechnen ist, lasse ich bei der Bestrittenheit der Wirkung der Deposition dahingestellt.

Digitized by Google

In dieſer weiteren Bedeutung wird der Ausdruck hier zu verſtehen ſein. Der Juriſt wird nichts weiter ſagen wollen, als daß der Gläubiger nicht in der Lage iſt, nochmals Zahlung zu verlangen, nachdem in Kraft ſeiner Vollmacht an Titius bereits gezahlt worden iſt. Dieſe Auslegung hat um ſo weniger Bedenken, als ſie in anderen uns ſogleich beſchäftigenden Stellen nicht minder geboten iſt. Vor allem in D. (46, 3) 34 § 3, ebenfalls von Julian:

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur: nam is qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

Hier wird, ohne daß irgend welche Unterſcheidung ſtattfindet, der Zahlung, die der gutgläubige Schuldner dem Inkaſſobevollmächtigten geleiſtet hat, liberirende Wirkung zugeſchrieben, wiewohl der Inkaſſo*auftrag* des Letzteren zur Zeit der Zahlung bereits zurückgezogen war; in D. (46, 3) 38 § 1 wird aber, wie wir ſahen, dieſe liberirende Wirkung für den Fall geleugnet, wenn der Inkaſſobevollmächtigte den animus furandi hatte. Da nun beide Stellen von dem gleichen Juriſten herrühren, dürfte ſchwerlich anzunehmen ſein, daß dieſer hier von anderen Rechtsanſichten ausgeht als dort. Die befriedigende Vereinigung beider Stellen wird nur darin geſucht werden können, daß in unſerer Stelle der Ausdruck liberatio in dem erwähnten freieren Sinne gebraucht iſt. Nur dieſe freiere Deutung giebt auch den Schlüſſel zum Verſtändniß einer dritten Stelle, dieſer von Ulpian, D. (46, 3) 18:

Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum [1]): quod si ex

1) Vgl. D. (46, 3) 51, I. (3, 26) 10.

causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.

Wir haben es hier nur mit dem Schluß der Stelle zu thun. Wendt[1]) glaubt aus dem „debitor liberabitur“ mit Rücksicht auf D. (46, 3) 38 § 1 schließen zu müssen, daß das Eigenthum dem Schuldner verloren gegangen sei, und da es doch unmöglich dem unredlichen Titius erworben sein kann, so nimmt er an, daß es durch Titius dem Gläubiger, von dem dessen Vollmacht ausging, selbst erworben sei. Ich habe mich schon oben gegen die Möglichkeit eines derartigen Erwerbs, ohne Mandat und wider den Willen des Erwerbers, ausgesprochen. Aber freilich, Wendt glaubt eine Stütze für seine Ansicht in einer zweiten Stelle Ulpians — D. (24, 1) 3 § 12 — zu haben, die uns noch nach anderer Richtung interessirt:

Sed si (maritus *scil.*) debitorem suum ei (uxori *scil.*) solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare,

1 a. a. O. S. 40.

Digitized by Google

creditorem uxori. nec novum aut mirum esse, quod per alium accipias, te accipere: nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

Ulpian trägt hier im Anschluß an Celsus die von Jhering sog. „Durchgangstheorie" vor, wonach die von Seiten des dritten Schuldners (Delegaten) an den Empfangsbevollmächtigten (Delegatar) geschehene Tradition in zwei Traditionen zerlegt wird: eine von Seiten jenes an den Vollmachtgeber (Deleganten), eine zweite von Seiten dieses an den Bevollmächtigten (Delegatar). Diese Theorie wird an zwei Anwendungsfällen exemplifizirt. Zunächst der eine: der Mann, der seiner Frau schenken will, weist seinen Schuldner an, ihr zu zahlen, und der Schuldner thut dies [1]). Celsus und Ulpian entscheiden, der Schuldner sei liberirt, und der Mann sei Eigenthümer der Geldstücke geworden, da Alles so zu halten sei, als hätte der Schuldner sie seinem Gläubiger, dem Ehemann, und dieser sie seiner Frau gegeben. Zweiter Fall: X hat sich mir gegenüber fälschlich für den Inkassobevollmächtigten meines Gläubigers ausgegeben; auf meinen iussus zahlt ihm mein Schuldner; Entscheidung: mein Schuldner ist liberirt, die Geldstücke sind mein, X haftet mir mit actio furti [2]). An diese letztere Entscheidung knüpft Wendt an; er meint, wenn hier dem Deleganten (Vollmachtgeber) das Eigenthum an den dem falsus procurator geleisteten Geldstücken erworben sei, so müsse ein gleiches auch im Fall D. (46, 3) 18 unterstellt werden. Allein dabei ist die ganz wesentliche Verschiedenheit der beiden Thatbestände nicht ge-

1) Ein analoger Fall bei Seuffert, Bd. 36 Nr. 119.
2) Ebenso entscheidet Pomponius in D. (47 2) 44 pr.

nügend gewürdigt. Die von Ulpian gebilligte „Durchgangstheorie" beruht ganz wesentlich darauf, daß in den besprochenen Fällen die Tradition an den Delegatar (Bevollmächtigten) sich in vollkommener Uebereinstimmung aller Betheiligten vollzogen hat. Gerade nur, weil dem so ist, kann man sagen: wäre nicht das Verfahren durch die Delegation (Vollmacht) abgekürzt worden, so würde zunächst der Schuldner dem Ehemann, dieser dann der Ehefrau tradirt, dennoch aber das einmal erworbene Eigenthum wegen der Nichtigkeit der Schenkung unter Ehegatten behalten haben, und ebenso würde zunächst der Schuldner dem Gläubiger und dieser dann wieder dem vermeintlichen Prokurator *seines* Gläubigers tradirt, dieser falsus procurator aber als ein fur kein Eigenthum erworben haben. Die Fiktion, der falsus procurator meines Gläubigers *habe* von mir empfangen, ist gerechtfertigt, weil er auch nach dem Normalverlauf von mir empfangen haben *würde*. Auf den Fall D. (46, 3) 18, wo der Gläubiger dem nach außen legitimirten Inkassobevollmächtigten Gegenordre ertheilt und dieser unter Verschweigung dieser Gegenordre animo furandi gleichwohl die Zahlung in Empfang genommen hatte, ist diese Konstruktion absolut unanwendbar. Denkt man sich hier den iussus hinweg, so würde das Geld gar nicht in die Hände des Scheinprokurators gekommen sein, der Gläubiger, wenn ihm selbst gezahlt worden wäre, würde das Geld natürlich behalten haben; es steht aber noch nicht einmal fest, daß er sich selbst würde haben zahlen lassen. Die Fiktion, der falsus procurator sei so zu behandeln, als ob er das Geld von seinem eigenen angeblichen dominus empfangen habe, würde völlig in der Luft schweben. Die „Durchgangstheorie" läßt sich vertheidigen, wo zwischen dem Gläubiger und dem Inkassobevollmächtigten in beiderseitiger Uebereinstimmung ein Zuwendungsgeschäft beabsichtigt ist, aber nimmermehr da, wo der

Digitized by Google

Inkaſſobevollmächtigte gegen den erklärten Willen des Gläubigers empfangen hat. Wenn alſo in D. (46, 3) 18 dem Vollmachtgeber gegen den falsus procurator die actio furti gewährt wird, ſo geſchieht dies nicht deshalb, weil der Juriſt ihm das Eigenthum der Geldſtücke zuſchreibt, ſondern nur deshalb, weil er ein Intereſſe daran hat, furtum nummorum factum non esse [1]). Und wenn der Schuldner für liberirt erklärt wird, obwohl er nach dem Obigen das Eigenthum der gezahlten Geldſtücke behalten hat, ſo folgt daraus nur, daß auch hier das Wort Liberation in dem weiteren Sinne zu verſtehen iſt, den wir bei Interpretation von D. (46, 3) 34 § 3 und 7 zu Grunde legen mußten.

Wirft D. (24, 1) 3 § 12 kein neues Licht auf die Entſcheidung in D. (46, 3) 18, ſo intereſſirt uns dagegen die dort angenommene Lehre an ſich ſelbſt. Iſt dieſe Lehre zu billigen? Sie war keineswegs Gemeingut aller römiſchen Juriſten, von Julian wird ſie ausdrücklich verworfen [2]); denn in D. (46, 3) 38 § 1 heißt es im unmittelbaren Anſchluß an die oben (S. 100) mitgetheilten Worte weiter:

sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi

1) So ſchon Cuiaz in den tract. ad Afric. (opp. ed. Neap. I p. 1423). So gewährt auch Julian bei African in dem (oben im Text nicht angeführten) Schlußſatz von D. (46, 3) 38 § 1 dem Gläubiger unbedenklich die actio furti, obwohl er ihm ausdrücklich das Eigenthum an den Geldſtücken abſpricht. Die Worte „post divortium" in dieſem Schlußſatz ſind m. E. als ungeſchicktes Gloſſem oder Interpolation hinauszuwerfen: ſie rühren von Jemandem her, der dieſen Schlußſatz mißverſtändlich auf den von Julian herangezogenen Parallelfall (ſ. oben im Text) bezog und ſich deſſen erinnerte, was Paulus in D. (25, 2) 3 pr. ſagt.

2) Wendt, der die Entſcheidung in D. (46, 3) 38 § 1 irrig dem Africanus zuſchreibt, zählt umgekehrt Julian wegen D. (24, 1) 3 § 13 zu den Anhängern dieſer Lehre; daß aber dies aus der Stelle nicht hervorgeht, hat ſchon Jhering, Jahrbb. Bd. 2 S. 145, dargethan.

Digitized by Google

mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, praestet.

Julian läßt also nicht den Ehemann Eigenthümer werden, sondern das Eigenthum beim Schuldner zurückbleiben und diesen daher auch nicht ipso iure liberirt werden. Eine Vereinigung dieser widersprechenden Stellen ist unmöglich. Auch ist ja klar, daß für jede der beiden Entscheidungen gute Gründe anzuführen sind. Die Julians hat die juristische Konsequenz auf ihrer Seite: die Ehefrau steht in keinem Rechtsverhältniß zum Ehemann, das sie zum Erwerb für ihn ermächtigt, und der Ehemann selbst *will* gar nicht erwerben. Was die des Celsus und Ulpian angeht, so ist freilich die Fiktion der Doppeltradition in keiner Weise zu halten[1]); aber das mittels dieser Fiktion herbeigeführte Endergebniß erscheint, vom praktischen Standpunkt aus, als die weitaus zweckmäßigste Lösung des Problems: das verbietende Gesetz kommt zu voller Geltung, während im Uebrigen der Verwirklichung der Parteizwecke freier Spielraum gelassen wird. Der Schuldner will sich seines Eigenthums entäußern und seiner Schuld ledig werden; der Ehemann will, daß die Frau das Empfangene als Geschenk von ihm habe, die Frau hat den entsprechenden Willen. Celsus weiß, mag man über die dazu benutzte Konstruktion denken, wie man will, die Rechtsfolge genau diesen Parteizwecken gemäß zu gestalten, während nach Julian das unzweckmäßige Resultat eintritt, daß der Schuldner, obwohl er das geschuldete Geld mit Ermächtigung des Gläubigers eben dem gegeben hat, dem es der Gläubiger zudachte, dennoch weder seines Eigenthums noch seiner Schuld ledig wird. Ich glaube, es ist hiernach sehr wohl zu begreifen, daß bei Ulpian

1) S. dagegen namentlich *Jhering* a. a. O. S. 133 ff.

Digitized by Google

die Ansicht des Celsus mehr Beifall gefunden hat, als die Julians, und wir werden m. E. gut thun, uns ihm anzuschließen.

So komme ich, um das Obige zusammenzufassen, zu folgenden Ergebnissen. Die Person, die im Kaufalverhältniß Vertreter eines Anderen ist, erwirbt das Eigenthum für diesen einmal dann, wenn zwischen ihr und ihm ein obligatorisches Verhältniß besteht, das sie zu dessen Vertreter auch im Eigenthumserwerb stempelt; zweitens dann, wenn zwischen ihr und ihm in beiderseitiger Uebereinstimmung ein Zuwendungsgeschäft beabsichtigt war, dessen Wirksamkeit aber ein gesetzliches Hinderniß entgegensteht. Sie erwirbt für sich selbst, wenn zwischen ihr und ihm ein wirksames Zuwendungsgeschäft zu Stande gekommen ist, und ferner, wenn sie in Bezug auf den Eigenthumserwerb bona fide in Gestionsabsicht handelte und keine Ratihabition erfolgte. Sie erwirbt gar nicht, wenn sie ohne Amt und Auftrag entweder in irriger Annahme eines solchen oder animo furandi handelte.

Was die Wirkung der Leistung auf das Kaufalverhältniß angeht, so würden die in D. (46, 3) 38 § 1, bezw. (24, 1) 3 § 12 gegebenen Entscheidungen auf andere Fälle analog auszudehnen sein. Gesetzt also z. B., A hätte den B bevollmächtigt, von C ein ihm dem A in Aussicht gestelltes Darlehn in Empfang zu nehmen, dann nachträglich ohne Rückziehung der Vollmacht dem B die Empfangnahme untersagt, B aber gleichwohl die Summe in Empfang genommen: so würde, wenn und solange dem C das Eigenthum der Geldstücke verblieben ist, C gegen A die condictio certae pecuniae nur erheben können, falls er dem A die ihm kraft seines Eigenthums erwachsenen Ansprüche (rei vindicatio, condictio furtiva) zu cediren bereit ist.

Digitized by Google

III. Vollmacht und Anweisung.

Zwischen dem Recht der Vollmacht und dem der Anweisung besteht eine so vollständige Uebereinstimmung bis ins Einzelne, daß sie niemals übersehen werden konnte. Es ist daher auch kein Wunder, daß die Anweisung Jahrhunderte lang dogmengeschichtlich das Geschick der Vollmacht getheilt hat: man sah in jener wie in dieser ein Mandat. Seitdem man aber gelernt hat, die Vollmacht vom Mandat zu unterscheiden, gehen Vollmacht und Anweisung, jede ihren eigenen Weg. Trotz der epochemachenden Untersuchungen von Salpius hat bei der Anweisung die Mandatstheorie auch heute noch ihre Anhänger, und auch unter denen, die in der Anweisung gleich der Vollmacht eine einseitige Erklärung erblicken, denkt, wie es scheint, Niemand daran, die Anweisung einfach dem Vollmachtsbegriff unterzuordnen. Noch der neueste Schriftsteller über die Lehre, Wendt, stellt zwar Vollmacht und Anweisung vergleichend neben einander, aber nur, um ausdrücklich die Möglichkeit jener Subsumtion in Abrede zu stellen [1]). Dem gegenüber wollen die folgenden Erörterungen, im Anschluß an die bisher von uns gewonnenen Ergebnisse, den Nachweis liefern, daß die Anweisung in Wahrheit nichts ist als eine Art der Vollmacht. Wir werden diesen Nachweis zunächst an dem einfacheren Fall — der Zahlungsanweisung — erbringen, weiterhin aber darthun, daß auch der scheinbar komplicirtere — die Kreditanweisung — unter den gleichen Gesichtspunkt gebracht werden muß.

A. Die Zahlungsanweisung.

In unsern bisherigen Ausführungen habe ich wiederholt darauf hinweisen müssen, daß ein Inkassobevollmächtigter, der

1) Wendt, Das allg. Anweisungsrecht S. 32 ff., vgl. S. 24, 83 ff.

im Namen seines Vollmachtgebers empfängt, das Empfangene darum doch keineswegs nothwendig für den letztern erwirbt. Je nach dem Rechtsverhältniß vielmehr, das zwischen ihm und diesem besteht, erwirbt er bald für ihn, bald aber auch für sich selbst, und wenn er für sich selbst erwirbt, so ist er eben Stellvertreter bloß in Bezug auf das Kausalverhältniß, das mittels der Leistung an ihn geknüpft oder gelöst werden sollte, nicht in Bezug auf die durch diese „Vollzugsleistung" unmittelbar bewirkte Vermögensverschiebung. Eine solche Stellvertretung bloß in Bezug auf das Kausalverhältniß kann wie jede andere mit Vollmacht oder auch gestionsweise stattfinden. Die Zahlungsanweisung ist nichts anderes als die auf Knüpfung oder Lösung eines Kausalverhältnisses bezügliche Inkassovollmacht, — Inkasso in dem weitern Sinn genommen, in welchem das Wort nicht bloß die Entgegennahme von Solutionen bezeichnet. Und zwar bringt die Anweisung das wahre Wesen der Vollmacht klarer zur Erscheinung, als die übliche Form der letztern. Ich habe bei der gewöhnlichen Vollmacht, weil diese übliche Form den Schein des Gegentheils erregt, besonders hervorheben müssen, daß sie ihrem Wesen nach eine Erklärung nicht an den Bevollmächtigten, sondern an den betheiligten Dritten sei, zu dem der Vertreter in rechtsgeschäftliche Beziehung treten soll, eine einseitige Erklärung des Prinzipals, wodurch er sich die Handlung des Vertreters aneignet, sie als für sich maßgebend anerkennt. Bei der Anweisung ist diese Hervorhebung überflüssig: bei ihr kann schon ihrer Form nach kein Zweifel darüber sein, daß die Adresse der Erklärung der Assignat, nicht der Assignatar ist und daß der letztere, wenn er sie dem Assignaten überbringt, als bloßer Bote des Assignanten handelt. Wir haben geradezu den Prototypus der Vollmacht vor uns. „Zahlen Sie für meine Rechnung an X." heißt schlechterdings nichts anderes als:

X. ist ermächtigt, für meine Rechnung zu empfangen. Der Wunsch oder Befehl des Ausstellers[1]), den man aus dem „zahlen Sie" herauslesen möchte, wird durch die Präsentation einer gewöhnlichen Inkassovollmacht ganz ebenso kundgegeben, wie durch die einer Anweisung, und ist überdies ohne juristische Bedeutung, da die Pflicht des Angewiesenen, jenem Wunsche oder Befehl nachzukommen, wo sie besteht, jedenfalls nicht auf der Anweisung beruht[2]).

„Für meine Rechnung": für welche Rechnung? Nicht etwa für die des Assignanten mit dem Assignatar, die den Assignaten nichts angeht, sondern für die den Assignaten allein interessirende des Assignanten mit ihm selbst[3]). Der Assignat zahlt dem Assignatar nicht etwa im Namen des Assignanten, sondern in eigenem Namen, in Anrechnung auf das zwischen ihm und dem Assignanten bestehende oder zu begründende Kausalverhältniß (das Deckungsverhältniß). Dieser Zweck der Zahlung muß auch bei der Zahlung erkennbar werden: würde der Assignat dem Assignatar den angewiesenen Betrag ohne jede nähere Angabe nur einfach übersenden, so würde diese Art Zahlung nicht anweisungsgemäß sein und der Assignat,

1) Als Anordnung oder Befehl faßt Wendt, a. a. O. S. 26 ff., die Anweisung.

2) Die Beifügung eines Termins ist der Anweisung nicht wesentlich und bleibt daher im Text außer Betracht. Sie hat i. Zw. nicht die Bedeutung, die Inkassovollmacht auf jenen Termin zu beschränken; der Assignant will insbesondere Zahlung vor dem Termin i. Zw. nicht verbieten, sondern nur ausdrücken, daß er sie vor dem Termin nicht erwarte. Auch einer Inkassovollmacht in der üblichen Form könnte ein Termin in jedem beliebigen Sinn beigefügt werden.

3) In der üblichen Fassung der Deckungsklausel „(zahlen Sie gegen diese Anweisung . . . .) und stellen Sie mir in Rechnung" tritt dies zur Evidenz hervor. Die Deckungsklausel in irgend einer Form ist der Anweisung wesentlich, die Valutaklausel dagegen nicht. S. auch G. Cohn in Endemann's Handbuch, Bd. 3 S. 1099 ff.

Digitized by Google

wenn er z. B. Schuldner des Assignanten war, dadurch allein dieser Schuld noch nicht entledigt sein; er muß zahlen „auf Anweisung des Assignanten" oder unter gleichbedeutender Erklärung. Indem er dies thut, macht er den Assignatar seinerseits darauf aufmerksam, daß er als Stellvertreter des Assignanten empfangen soll, und so empfängt der Assignatar die anweisungsgemäße Zahlung nothwendig als Stellvertreter, im Namen des Assignanten. Es darf uns nicht irre machen, daß der Assignatar von dem Charakter des Kausalverhältnisses, bezüglich dessen er den Assignanten vertritt (des Deckungsverhältnisses), sehr häufig keine Wissenschaft hat. Um Stellvertreter sein zu können, muß er wissen, daß er den Assignanten in Bezug auf ein solches Verhältniß vertritt, nicht aber, welcher Natur dasselbe ist. Auch bei der Inkassovollmacht in ihrer üblichen Form kann die causa, aus der der Vollmachtgeber zu empfangen hat, vor dem Bevollmächtigten geheim gehalten werden [1]), und dennoch wird Niemand zweifeln, daß hier der Bevollmächtigte, indem er den Inkasso vollzieht, als Stellvertreter gerade in Bezug auf jenes geheim gehaltene Kausalverhältniß fungirt. Die Erklärung des Assignatars dem Assignaten gegenüber, in Worte umgesetzt, würde lauten: „Zu welchem Zwecke auch Du dem Assignanten zu leisten Dich veranlaßt siehst, ich empfange in seinem Namen."

Kaum etwas hat m. E. so sehr zur Verdunkelung des Wesens der Anweisung beigetragen, als die bekannte Lehre vom Doppelmandat, und man muß sich wohl hüten, dieser Lehre entsprechend nunmehr die Anweisung etwa in eine Doppelvollmacht zerlegen zu wollen. Es steht nicht etwa neben der Zahlungsanweisung korrespondirend eine

1) Der Vollmachtgeber kann ihm z. B. ausdrücklich sagen, daß er aus einem Grund, den er ihm verschweigen müsse, von dem Dritten einen Geldbetrag zu empfangen habe.

Digitized by Google

Inkassovollmacht, sondern die Zahlungsanweisung ist die Inkassovollmacht, gar nichts weiter als diese. Auch findet bei der anweisungsgemäßen Zahlung durchaus keine doppelte, sondern nur eine einfache Stellvertretung statt. Die Wirkung dieser Zahlung auf das Valutaverhältniß beruht durchaus nicht etwa darauf, daß der Assignat, gleichwie der Assignatar als Stellvertreter des Assignanten empfängt, seinerseits als Stellvertreter des Assignanten zahlte [1]). Die Wirkung der von dem Assignaten dem Assignatar gemachten Leistung unterliegt schon dadurch, daß dieser sie als Inkassobevollmächtigter des Assignanten in Empfang genommen hat, dessen Verfügung, und das genügt, um der zwischen Assignant und Assignatar hinsichtlich ihrer getroffenen Kausalberedung (der Valutaberedung) maßgebende Bedeutung zu verleihen; die Erklärung des Assignaten, daß er leiste, um den dieser Kausalberedung entsprechenden Zweck zu verwirklichen, vermöchte dem gar nichts hinzuzuthun. Der Assignat zahlt also, wie bemerkt, in eigenem Namen, nur in eigenem Namen: um sich zu liberiren, sich den Assignanten zu obligiren ꝛc. Der Erwerb des Assignatars beruht nicht darauf, daß der Assignat auf das Valutaverhältniß Bezug genommen hätte, sondern lediglich darauf, daß er selbst auf Grund des Valutaverhältnisses Besitz an den vermöge seiner Stellvertretereigenschaft ihm übergebenen Geldstücken oder sonstigen Sachen ergriffen hat. Das Verhältniß ist nicht anders, als wenn Jemand einem Andern gestattet, auf seinem Grundstück gewisse Früchte abzuernten und als Zahlung einer Schuld oder als Darlehen oder als Geschenk ꝛc. zu behalten.

1) Richtig bemerkt schon von Brinz, Krit. Blätter, H. 2 S. 24 ff. Der Gedanke, daß in jeder Zahlungsanweisung ein Zahlungsmandat stecke, ist lediglich durch die Form der Anweisung hervorgerufen. Sonderbar, daß es so vielen Schriftstellern entgehen konnte, wie doch Jeder, der eine Inkassovollmacht präsentirt, dadurch dem Dritten die Aufforderung „zahlen Sie" übermittelt.

Digitized by Google

Die Valutabeziehung der anweisungsgemäßen Zahlung wird in der Regel schon, bevor sie erfolgt, durch eine Erklärung des Assignanten festgestellt sein, der sich der Assignatar, indem er die Leistung ohne Protest entgegennimmt, unterwirft. Fehlt es an einer solchen Erklärung des Assignanten, besteht aber zwischen ihm und dem Assignatar überhaupt nur ein Kausalverhältniß, auf das die Leistung vernünftiger Weise bezogen werden kann, so wird in der Thatsache der Anweisung selbst in Verbindung mit dem Mangel jeder sonstigen Erklärung die stillschweigende Willenserklärung zu finden sein, daß die Leistung gerade auf dies Verhältniß angerechnet werden solle. Bestehen solcher Kausalverhältnisse mehrere, so gilt Gleiches wie dann, wenn ein Schuldner mehrerer Posten seinem Gläubiger direkt ohne nähere Zweckbestimmung geleistet hat: der Assignatar hat die Wahl zwischen den verschiedenen Anrechnungsmöglichkeiten, jedoch so, daß er die Interessen des Assignanten wahren muß [1]). Wenn endlich der Assignatar weder eine Erklärung des Assignanten über die Valutabeziehung empfangen hat, noch auch ein Kausalverhältniß, auf das die Zahlung bezogen werden könnte, zwischen ihm und jenem besteht, so empfängt der Assignatar als Gestor des Assignanten — das Gestionsverhältniß selbst ist dann das Valutaverhältniß [2]). Die Wirkung der Zahlung auf das Deckungsverhältniß wird durch diese verschiedenen Möglichkeiten nur in dem Umfang berührt, wie dies oben S. 99 f. auseinandergesetzt wurde; denn unter allen Umständen bleibt der Assignatar dem Assignaten gegenüber inkassobevollmächtigt.

Die im Obigen versuchte Konstruktion giebt, soweit ich

1) Arg. D. (46, 3) 1, C. (8, 42) 1.

2) Durch spätere Beredung kann natürlich dies Valutaverhältniß wieder verändert werden, z. B. arg. D. (12, 1) 15 in ein Darlehensverhältniß umgewandelt werden.

Digitized by Google

ſehe, volle Erklärung für das ganze Anweiſungsrecht. Zunächſt der Satz D. (50, 17) 180 „quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset“ ſtatuirt nichts anderes als die Wirkſamkeit der an den Inkaſſobevollmächtigten erfolgten Zahlung. Daraus, daß als Empfänger der Zahlung der Aſſignant (Vollmachtgeber) gilt, ergiebt ſich, daß, wenn der Aſſignat, was das Deckungsverhältniß angeht, sine causa gezahlt hat, er ſeine condictio gegen den Aſſignanten zu richten hat; auf die Mängel des Valutaverhältniſſes aber kann er eine condictio sine causa überhaupt nicht ſtützen, da er ja gar nicht mit Rückſicht auf dieſes geleiſtet hat. Umgekehrt die Regel D. (46, 3) 56 „qui mandat solvi, ipse videtur solvere“ iſt nur eine Anwendung der allgemeinen Regel „solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit“: der Schuldner hat dem Gläubiger durch die Leiſtung des Aſſignaten verſchafft, was er ihm ſchuldig iſt, und iſt demgemäß liberirt. Veräußerungs- oder Verpflichtungsunfähigkeit des Aſſignanten ändert an dieſem Erfolg nichts; ſie zeigt ihre Wirkung nur im Deckungsverhältniß — ſo wird z. B. der von einem Pupillen ohne Zuſtimmung des Vormunds aſſignirte Schuldner durch Zahlung an den Aſſignatar ſeiner Schuld nicht ledig, weil er ja auch an den Pupillen ſelbſt nicht wirkſam hätte zahlen können —, nicht aber im Valutaverhältniß. D. (46, 3) 66:

> Si pupilli debitor iubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori eius numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus . .

Der Gläubiger des Pupillen hat eben empfangen, was er zu empfangen hatte, hat es nach dem Willen des Pupillen als Erfüllung und doch nicht aus deſſen Vermögen empfangen, ſo daß deſſen Veräußerungsunfähigkeit nicht im Wege ſteht[1]).

1) Dieſe Entſcheidung darf aber nicht, wie z. B. Wendt (a. a. O.

Digitized by Google

Was die Frage des Widerrufs angeht, so folgt aus der Vollmachtsnatur der Anweisung von selbst, daß sie nur dem betheiligten Dritten, d. h. dem Assignaten gegenüber, wirksam widerrufen und daß dieser Widerruf durch Vereinbarung zwischen Assignant und Assignatar nicht ausgeschlossen werden kann [1]). Widerruf bloß dem Assignatar gegenüber hat nur die früher geschilderten Folgen des vetare accipere [2]). Hinzufügen möchte ich hier nur noch, daß dies vetare accipere durchaus nicht etwa nach denselben Grundsätzen behandelt werden darf wie der Widerruf einer Vollmacht. Es kann juristisch sehr Verschiedenes sein: Widerruf eines Mandats, Widerruf der einseitigen Erklärung, daß der Assignatar das zu Empfangende als in Erfüllung einer Schuld gegeben empfangen solle, unter anderem auch Widerruf einer Vertragsofferte, z. B. der Offerte eines Darlehens, das durch die assignirte Zahlung effektuirt werden sollte. Wo nun, wie nach gemeinem Recht, die Offerte beliebig widerruflich ist, trifft dies freilich auch für diese Offerte zu; wo dagegen, wie nach dem H.G.B. und dem Entwurf eines B.G.B., in gewissem Umfang Unwiderruflichkeit der

S. 33) will, auch auf den Fall ausgedehnt werden, wo der Assignant völlig handlungsunfähig, z. B. wahnsinnig war; hier wird derselbe durch die Zahlung des Assignaten nicht ipso iure liberirt. Denn der Assignat zahlt, um sich, nicht, um den Assignanten zu liberiren; die Befugniß des Assignatars, das Empfangene auf die Schuld des Assignanten an ihn anzurechnen, kann also nicht auf die Willenserklärung des Assignaten, sondern nur auf eine solche des Assignanten gestützt werden, zu der der Wahnsinnige unfähig ist. Der Assignatar empfängt hier m. E., trotz seines entgegengesetzten Willens, als bloßer gestor, kann aber der actio negotiorum gestorum directa gegenüber natürlich mit seiner Forderung kompensiren. Es ist, wie ich glaube, kein Zufall, daß in D. (44, 4) 16, wo der Fall behandelt wird, von einer unmittelbaren Wirkung der Zahlung auf das Valutaverhältniß keine Rede ist. A. M. Wendt, a. a. O.

1) Vgl. oben S. 29 f.

2) Oben S. 100 f.

Digitized by Google

Offerte ausgesprochen ist, da würde in diesem Umfang auch das vetare accipere unwirksam sein.

Noch erübrigt ein Wort über die Uebertragung der Anweisungen. Eine solche Uebertragung charakterisirt sich von unserm Standpunkt einfach als Substitution in die Inkassovollmacht; das Deckungsverhältniß bleibt für den Assignaten dabei das alte; zu dem ersten Valutaverhältniß tritt aber ein zweites hinzu. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Uebertragung nach römischem und nach heutigem Rechte zulässig ist, diese bestrittene Frage[1]) können wir hier bei Seite lassen. Wenn man mit Wendt jede Anweisung schon nach römischem Recht für frei übertragbar erklären müßte, dürfte daraus nicht etwa der Schluß gezogen werden, daß jede beliebige Inkassovollmacht die Vollmacht zur Substitution in sich begreife; denn ist auch die Zahlungsanweisung nichts anderes als eine Inkassovollmacht, so konnten sich doch für diese bestimmte Form der letzteren eigenthümliche Auslegungsregeln bilden, und es würde sich dies sehr leicht daraus erklären, daß eben diese Form besonders in den Fällen gewählt zu werden pflegt, wo der Vollmacht kein Mandat, sondern eine Zuwendungsabsicht zur Seite geht.

B. Kreditanweisung und Anweisungsaccept.

Wir haben die Eigenthümlichkeit der auf Grund Anweisung erfolgenden Zahlung darin gefunden, daß hier der Delegatar in Bezug auf Lösung oder Knüpfung des Deckungsverhältnisses als bevollmächtigter Stellvertreter des Deleganten, in Bezug auf den Erwerb der „Vollzugsleistung" aber in der Regel für sich selber handelt. Die hier gekennzeichnete Möglichkeit eines Handelns, das zugleich Stellvertretung und Für-

1) Vgl. darüber Wendt, S. 122 ff.

Digitized by Google

ſichſelbſthandeln iſt, beſteht nun keineswegs bloß in dem Fall, wo die angewieſene Leiſtung eine Beſitzübertragung iſt; ſie beſteht vielmehr überall, wo die Vollzugsleiſtung eine von ihrer causa losgelöſte Exiſtenz hat. Man darf auch nicht etwa glauben, es habe für dieſe Möglichkeit irgend welche Bedeutung, daß gerade bei der Tradition die Abſicht des Delegatars, für ſich ſelbſt zu erwerben, dieſe mit der Stellvertretungsabſicht wenigſtens ſcheinbar kontraſtirende Abſicht äußerlich nicht hervorzutreten brauche: was ſollte daran gelegen ſein? Weiſe ich denjenigen, von dem ich ein Grundſtück gekauft habe, an, es einem Dritten, dem ich es zu ſchenken beabſichtige, aufzulaſſen, ſo wird der Effekt der anweiſungsgemäßen Auflaſſung, obwohl der Dritte dabei offen in eigenem Namen empfängt, ganz derſelbe ſein, als wenn es ſich um die Tradition beweglicher Sachen handelte. Damit aber iſt die Natur der Kreditanweiſung bereits gekennzeichnet. Wenn die Anweiſung nicht auf Zahlen, ſondern auf Verſprechen geht, ſo nimmt der Delegatar dies Verſprechen in eigenem Namen, aber er nimmt es als ein auf Anweiſung gegebenes in Empfang. Der Delegat verſpricht ihm in der offenen Abſicht, dadurch eine Wirkung in dem, wenn auch nicht näher bezeichneten, Deckungsverhältniß hervorzubringen, und dieſe Abſicht — daß die Kauſalwirkung der in dem Verſprechen enthaltenen Vermögensverſchiebung für den Deleganten gegenüber dem Delegaten eintrete — dieſe Abſicht eignet ſich der Delegatar durch die Entgegennahme des Verſprechens an. Das aber iſt *Stellvertretung*. Sie könnte auch ohne Vollmacht ſtattfinden, wenn nur der Vertretene ſie nachträglich genehmigt. Die Kreditanweiſung aber *iſt* die Vollmacht zu dieſer Stellvertretung. Der Delegatar erklärt hier dem Delegaten mit Vollmacht des Deleganten: „zu welchem Zwecke auch Du die in dem Verſprechen an mich enthaltene Vermögensleiſtung dem Deleganten

Digitized by Google

zu machen Dich veranlaßt siehst, ich nehme sie in seinem Namen zu jenem Zwecke an."

Der Delegatar handelt als bevollmächtigter Stellvertreter des Deleganten. Von einer zweifachen Stellvertretung und Vollmacht ist hier so wenig wie bei der Zahlungsanweisung die Rede. Ich habe hier nur zu wiederholen, was ich schon bei letzterer ausführte. Um zu bewirken, daß die vom Delegaten dem Delegatar gemachte Vermögensleistung auf das diesem ganz fremde Kausalverhältniß zwischen Delegat und Delegant in Anrechnung komme, dazu bedarf es der Stellvertretung des Deleganten durch den Delegatar und einer Vollmacht für diesen. Um aber zu bewirken, daß die von diesem als Stellvertreter des Deleganten empfangene Vermögensleistung gemäß deren beiderseitigem Willen unter ihnen selbst zur Verrechnung komme, dazu bedarf es keinerlei Stellvertretung noch Bevollmächtigung des Delegaten, überhaupt keiner Willenserklärung desselben: der Delegat verspricht in eigenem Namen nicht nur, sondern auch für seine eigenen Zwecke.

Das Gesagte gilt sowohl für die sog. reine, wie auch für die titulirte Delegation und für letztere auch dann, wenn das darin in Bezug genommene Schuldverhältniß dasjenige zwischen Delegatar und Deleganten ist. Wenn der Delegatar stipulirt „id quod Titius (der Delegant) mihi debet dari", so verspricht der Delegat dennoch nicht etwa in der Absicht, durch sein Versprechen auf das Schuldverhältniß zwischen dem Delegatar und Titius einzuwirken (er hat keinen Grund, eine solche Einwirkung zu wünschen, und ob Titius sie wünscht, steht dahin), sondern in der Absicht, sich z. B. auf diese Weise seiner eigenen Schuld gegen Titius zu entledigen, er verspricht nicht um der fremden, sondern um der eigenen Schuld willen. Und, wenn nun gleichwohl durch die so gefaßte Stipulation die Schuld des Titius an den Delegatar novirt wird, so ist

Digitized by Google

dies keinesfalls auf einen zu unterstellenden animus novandi des Delegaten zurückzuführen; die Ursache der Novationswirkung kann vielmehr nur entweder darin liegen, daß eine so formulirte Stipulation im klassischen Recht ohne Rücksicht auf den animus novirend wirkte, oder darin, daß der Delegatar, ganz unabhängig von den Absichten des Delegaten, seinen animus novandi zu erkennen gegeben hätte. Ob im einen oder im andern, kann hier dahingestellt bleiben; ich meinestheils halte ersteres für richtig.

Die obige Charakteristik der Kreditanweisung trifft nicht bloß für das ausdrückliche promittere iubere des römischen Rechts zu, sondern ebenso auch für die in unserer Zahlungsanweisung enthaltene stillschweigende Kreditanweisung[1]), auf der die Wirksamkeit unseres Anweisungsaccepts beruht. Wir haben in der Zahlungsanweisung eine bloße Inkassovollmacht gefunden. Nun hat gewiß nicht jeder Inkassobevollmächtigte auch Vollmacht dazu, statt Entgegennahme der Zahlung sich selber die Zahlung versprechen zu lassen; ein solches Versprechen an einen gewöhnlichen Inkassomandatar geleistet, würde keine Wirkung auf das Deckungsverhältniß üben, — handelte es sich z. B. um den Inkasso einer Forderung, so würde trotz jenes Versprechens der Gläubiger die Forderung immer noch

1) Die Zahlungsanweisung ist gewiß nicht bloß Kreditanweisung, wie Salpius (Novation und Delegation S. 479) will, aber sie ist sicherlich auch Kreditanweisung: das Accept liegt „im Sinn" der Zahlungsanweisung (Windscheid, § 412 Nr. 16). Wendt (a. a. O. S. 151), obwohl er diese Wendung Windscheids ausdrücklich adoptirt, meint dennoch, es bedürfe nicht der Annahme eines Doppelinhalts der Zahlungsanweisung, um die Befugniß des Bezogenen zum Accept zu rechtfertigen; das erklärt sich wohl nur daraus, daß Wendt in der Anweisung einen Befehl und keine bloße Ermächtigung erblickt und darum auch in der stillschweigenden Ermächtigung zum Accept keine Anweisung dazu.

Digitized by Google

ungehindert gegen den Schuldner geltend machen können. Wohl aber liegt die Vollmacht zur Entgegennahme eines derartigen Versprechens in derjenigen Inkassovollmacht, die offenbar zum Zweck einer Zuwendung an den Inkassobevollmächtigten ertheilt ist. Würde z. B. die Vollmacht so lauten: „Ich ermächtige Herrn A, was ich von X zu fordern habe, in Empfang zu nehmen und als Geschenk von mir zu behalten", so wird schwerlich Jemand zweifeln, daß X, wenn er auf Grund dieser Vollmacht dem A einen Schuldschein über die Summe ausgestellt hat, gegen künftige Anforderung von Seiten des Vollmachtgebers gedeckt ist[1]): der Vollmachtgeber, der den Bevollmächtigten als den eigentlichen Interessenten am Inkasso erkennen läßt, muß es eben deshalb auch gegen sich gelten lassen, wenn dieser sich selbst die Zahlung versprechen läßt. Der Grund nun, warum in der Zahlungsanweisung die Vollmacht zur Entgegennahme des Acceptes gefunden wird, liegt in letzter Linie einfach in der bereits berührten Thatsache, daß gerade diese Form der Inkassovollmacht von jeher typischer Weise zum Zweck von Zuwendungen verwendet zu werden pflegte. Diese typische Bedeutung der Zahlungsanweisung hat zu der Auffassung geführt, daß, wer sich dieser Form bedient, dadurch zu erkennen gebe, daß der Assignatar entweder der wirkliche Interessent ist oder doch nach dem Willen des Assignanten dem Assignaten gegenüber als solcher gelten solle, und so gewährt daher die Zahlungsanweisung schon durch sich selbst, ohne Rücksicht auf das konkrete Valutaverhältniß, die Vollmacht zur Entgegennahme des Acceptes.

Durch das Accept der Kreditanweisung beabsichtigt, führte ich aus, der Delegat im Einverständniß mit dem Delegatar,

1) Vgl. oben S. 39 N. 3.

Digitized by Google

der als Stellvertreter des Deleganten handelt, eine Wirkung im Deckungsverhältniß, der Delegatar aber, indem er das Accept entgegennimmt, überdies eine Wirkung im Valutaverhältniß. Die hier und dort beabsichtigten Wirkungen können verschiedener Gestalt sein. Bei der titulirten Delegation, m. E. nur bei dieser, kam die Novationsabsicht hinsichtlich des in Bezug genommenen Schuldverhältnisses in Betracht[1]). Sieht man davon ab, so bleiben zwei Wirkungen als möglicher Weise beabsichtigt zu erwägen. Die weitergehende, darauf hinauslaufend, daß im Deckungsverhältniß der Delegant, im Valutaverhältniß der Delegatar sich das vom Delegaten nur erst Versprochene als wirklich empfangen anrechnen sollen; sind die beiden Verhältnisse Schuldverhältnisse, so wären sie hiernach im Moment des Accepts durch solutio (genauer eigentlich durch eine promissio, quae in solutum cedit) getilgt. Die minder weit gehende, wonach das Accept eben nur als das wirkt, was es ist, als ein Versprechen; sind die beiden Verhältnisse Schuldverhältnisse, so tritt hier die Obligation aus dem Accept nur accessorisch neben die ursprüngliche Forderung, in dem Sinn, daß die Erfüllung jener Obligation auch diese Forderung tilgt; wird aus dem Accept nicht erfüllt, so kann die ursprüngliche Forderung immer noch geltend gemacht werden, — bis zur Entscheidung darüber aber, ob aus dem Accept erfüllt wird, ist solche Geltendmachung der ursprünglichen Forderung, weil den Parteiintentionen widersprechend, gehindert (exceptio pacti de non petendo oder doli). Die im einen und andern Verhältniß obwaltenden Absichten brauchen nicht nothwendig gleichartig zu sein; doch ist es natürlich, daß sie sich gegenseitig beeinflussen. Der Delegant z. B., der durch

1) Auf die hier bestehenden Streitfragen einzugehen, ist in diesem Zusammenhang nicht nöthig. Nur so viel, daß die Möglichkeit einer duplex novatio mir durch C. (8, 41) 3 nicht bewiesen erscheint.

Digitized by Google

das Accept seiner Schuld gegen den Delegatar ledig wird, wird auch bereit sein, den Delegaten mit dem Accept seiner Verbindlichkeit ihm gegenüber zu entlassen; und umgekehrt, der Delegant, der durch das Accept seine Forderung gegen den Delegaten verliert, wird wünschen, daß auch der Delegatar ihm gegenüber das Accept als Erfüllung gelten lasse.

Welche Wirkung dem Accept im Zweifel beizumessen ist, ist für das heutige Recht kaum einem Bedenken unterworfen: man hat sich hier allgemein für die schwächere Wirkung entschieden („Anweisung ist keine Zahlung") [1]). Für das römische Recht dagegen ist bekanntlich die Frage außerordentlich bestritten, und ich stehe hier auf Seiten derjenigen, die die stärkere Wirkung annehmen. Die Ursache, um deren willen die Kontroverse nicht zur Ruhe kommt, liegt schwerlich in den Quellen, gegen deren Aussprüche die Gegner der stärkeren Wirkung sich, wie mir scheint, nur mühsam vertheidigen; sie liegt vielmehr darin, daß man die stärkere Wirkung, als Regel betrachtet, höchst unbillig, unnatürlich und darum unglaublich findet. Vielleicht kann ich durch Berichtigung dieser letzteren Meinung etwas zur Erledigung der Kontroverse beitragen.

Ich habe mich oben als Anhänger der Ansicht bekannt, die in unserer Zahlungsanweisung eine stillschweigende Kreditanweisung sieht. Aber auch wenn man diese Ansicht theilt, muß man sich, glaube ich, doch sehr wohl hüten, die Verkehrsfunktion dieser *unserer* Kreditanweisung mit der der *römischen* völlig zu identifiziren. Sollte es ein bloßer Zufall sein, daß wir unsere Kreditanweisung in der Zahlungsanweisung zu verstecken pflegen, während die Römer das promittere ausdrücklich als Gegenstand der Anweisung bezeichnen? Ich bin vom Gegentheil überzeugt. Uns ist bei unserer An-

1) Vgl. E 2 § 622.

weiſung die zu bewirkende Zahlung durchaus das Hauptziel; das Accept iſt normaler Weiſe für uns nur als Vorbereitung dieſer Zahlung, als Sicherheit für die künftige wortgemäße Erledigung der Anweiſung von Werth. Eben deshalb finden wir das Accept heutzutage zwar nicht ausſchließlich, aber doch ganz überwiegend bei ſolchen Anweiſungen, die erſt auf einen künftigen Termin lauten, wo alſo ſofortige Zahlung gar nicht in Frage ſteht. Wenn eine Anweiſung auf ſofortige Zahlung geht, der Delegat ſie ſofort zu honoriren bereit iſt, ſo wird in der Regel die Zahlung auch ſofort in Empfang genommen, und wenn der Delegatar ſich in einem ſolchen Falle mit dem bloßen Accept begnügt, ſo werden wir, wenn auch nicht unter allen Umſtänden, doch normaler Weiſe geneigt ſein, zu ſagen, daß er dies auf eigene Gefahr thut. Es iſt nun höchſt auffallend, daß, nach dem Eindruck, den die Quellen machen, befriſtete Kreditanweiſungen in Rom ebenſo wenig üblich geweſen zu ſein ſcheinen wie befriſtete Zahlungsanweiſungen; wären ſie üblich geweſen, ſo müßten die Quellen zwar gewiß nicht überall, wo von Kreditanweiſungen die Rede iſt, den Termin berühren, jedenfalls aber müßte der Termin in ihnen eine ganz andere Rolle ſpielen, als er in Wirklichkeit thut. Daraus iſt m. E. ein wichtiger Schluß zu ziehen: während wir meiſt nur dann acceptiren laſſen, wenn wir ſofortige Zahlung nicht haben können, haben die Römer ſich Kreditanweiſungen auch dann geben laſſen, wenn ſie Anweiſungen auf ſofortige Zahlung hätten haben können. Kreditanweiſungen wurden nicht bloß ertheilt, weil man dem Delegatar ſofortige Zahlung nicht verſchaffen konnte oder wollte, ſondern häufiger, vielleicht in der Regel deshalb, weil der Delegatar die Kreditanweiſung der Zahlungsanweiſung vorzog. Und letzteres iſt ſehr erklärlich. Es iſt für den modernen Menſchen ſchwer, ſich in eine Zeit zu verſetzen, wo noch nicht jeder Geſchäfts-

Digitized by Google

mann mit einem diebes- und feuerſicheren Kaſſenſchrank verſehen war [1]). Aber man frage ſich, ob es nicht, bei der unendlich viel größeren Diebes- und Feuersgefahr, im alten Rom für den Geſchäftsmann ein höchſt unbehagliches Gefühl geweſen ſein muß, irgend erhebliche Geldbeträge bei ſich im Hauſe aufbewahrt zu halten. Weit erwünſchter als baares Geld mußte es ihm ſein, für dieſes Geld einen ſicheren Schuldner zu haben, auf deſſen Solvenz er ſich verlaſſen konnte. Kein Wunder daher, daß der römiſche Geldverkehr ſich noch weit mehr als bei uns in den Händen der Bankiers konzentrirte; kein Wunder auch, daß dem Römer das Accept eines Bankiers oder ſonſt eines ſicheren Mannes ſehr oft lieber war als baare Zahlung. Wir haben uns m. E. den Normalfall des promittere iubere ſo vorzuſtellen, daß der Delegatar, obwohl er Baarzahlung haben konnte, ſtatt dieſer ſich mit Kreditanweiſung begnügte, weil ihm gar nichts daran gelegen war, Geld unmittelbar in ſeine Hand, vielmehr nur daran, es in ſeine Dispoſition zu bekommen. Iſt dem aber ſo, ſo begreift ſich ohne weiteres der vielumſtrittene Satz „solvit qui reum delegat“. Wenn es lediglich die Rückſicht auf ſein eigenes Intereſſe iſt, was den Delegatar bewegt, ſtatt Geldes den neuen reus anzunehmen, ſo konnten die Juriſten gar nicht anders, als ihm die Gefahr dieſes von ihm ſelbſt gewählten Kreditverhältniſſes aufzuladen: bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum [2]). Der Satz „solvit qui reum delegat“ war für die römiſchen Verhältniſſe ebenſo billig, wie er für die unſern unbillig ſein würde.

1) Daß die Römer metallbeſchlagene Kiſten zur Aufbewahrung von Geld verwendeten (Juvenal. XI 26, XIV 259), deren ſich ſogar einige in Pompeji erhalten haben, iſt mir natürlich wohlbekannt. Ernſtlichen Schutz gegen Diebes- und Feuersgefahr konnten dieſelben nicht gewähren.

2) D. (17, 1) 26 § 2.

Digitized by Google

Ueber den Fall, wo sine causa geleistet oder empfangen worden, wäre hier nur das zu wiederholen, was schon bei der Zahlungsanweisung gesagt wurde. Da die in der promissio liegende Zuwendung, obwohl der Delegatar in eigenem Namen stipulirt, dennoch, wie gezeigt, von ihm im Namen des Deleganten empfangen wird, so versteht sich, daß der Delegat seine etwaige condictio gegen diesen zu richten hat. Und ebenso versteht sich, daß er auf die Mängel des Valutaverhältnisses, zu der seine promissio überhaupt keine Zweckbeziehung hat, eine condictio sine causa nicht zu gründen vermag. Die Ausnahmen von dem Satze, daß das Anweisungsaccept auf Grund der Kausalverhältnisse nicht angefochten werden kann, — D. (39, 5) 2 § 3, 4, (44, 4) 7 pr. § 1 — sind unzweifelhaft singulärer Natur; die Art, wie sie zu erklären sind — ich hätte nichts Neues darüber anzuführen — kann hier dahingestellt bleiben [1]).

1) Der Entw. des B.G.B. in der Fassung der Reichstagsvorlage erschien erst während des Drucks dieser Abhandlung; ich konnte daher nur nach dem Entwurf zweiter Lesung citiren.

Digitized by Google

II.

Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis.

Von **Otto Lenel.**

Nachdem es eine Zeit lang ſcheinen konnte, als ob die Frage nach der praktiſchen Geltung der adjekticiſchen Klagen durch die bekannte Reichsgerichtsentſcheidung [1]) beſeitigt ſei, iſt dieſe Frage neuerdings durch eine Abhandlung Schloßmann's in der Kieler Feſtſchrift zu Jhering's Doktorjubiläum (1892) [2]) wieder in die Diskuſſion gerückt werden. Schloßmann iſt, gleich Anderen vor ihm, der Meinung, daß die adjekticiſchen Klagen kein Kontrahiren des Vertreters „mit offener Vollmacht" vorausgeſetzt hätten, woraus ſich als Folgerung nothwendig ergeben würde, daß die modernen Grundſätze über Stellvertretung ihre Anwendbarkeit ganz unberührt ließen. Es iſt nun durchaus nicht meine Abſicht, das vielverhandelte Für und Wider dieſer Kontroverſe hier von neuem nach allen Richtungen zu erörtern. Nur die beſondere Beweisführung Schloßmann's, die m. E. nicht ohne Widerlegung bleiben darf, ſoll hier einer Prüfung unterzogen werden.

1) RG., Bd. 2 S. 166 f.

2) Daſelbſt S. 217 ff., auch ſeparat unter dem Titel „Das Kontrahiren mit offener Vollmacht". Weſentlich unter dem Einfluß dieſer Abhandlung ſteht die Breslauer Inaugural-Diſſertation von F. Kleineidam, Die Haftung des Geſchäftsherrn mit der actio instit. und exerc. nach röm. Recht (1895).

Digitized by Google

Schloßmann stützt seine Ansicht nicht auf allgemeine Billigkeitsgründe, obwohl er (S. 255) andeutet, daß auch solche dafür bestehen, sondern auf die Quellen, aus denen eben hervorgehe, daß die römischen actiones adiecticiae qualitatis ein Kontrahiren des Vertreters mit offener Vollmacht, d. h. im Namen des Prinzipals, nicht erfordert hätten. Dieser Berufung auf die Quellen gegenüber scheint mir vor allem nothwendig, volle Klarheit über den Sinn der an sie zu richtenden Frage herzustellen. Nach der herrschenden und von Schloßmann nicht bestrittenen Lehre kennt das römische Recht bei obligatorischen Verträgen keine direkte Stellvertretung. Wer nun mit mir diese herrschende Lehre für richtig hält, kann verständiger Weise unmöglich der Meinung sein, daß zu den Erfordernissen der actiones adiecticiae qualitatis im Sinn der Quellen die kundgegebene Absicht des institor oder magister navis gehöre, durch sein Geschäft unmittelbar den Prinzipal zu verpflichten. Wohl mag es vereinzelt auch in Rom vorgekommen sein, daß der Kontrahent eines obligatorischen Vertrags ausdrücklich die Absicht aussprach, daß die obligatorischen Wirkungen des Geschäfts nicht für ihn, sondern für einen Anderen eintreten sollten; der Effekt einer solchen Erklärung konnte nur dem entsprechen, was für einen analogen Fall die bekannte Entscheidung in C. (4, 50) 6 mit den Worten zum Ausdruck bringt:

. . . actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes . . . .

Solche Fälle waren aber sicherlich selten. Denn wenn das römische Recht die direkte Stellvertretung auf diesem Gebiet ausschloß, so kann es diesen Standpunkt nicht im Widerspruch, sondern nur in Uebereinstimmung mit der Verkehrsanschauung angenommen und festgehalten, der Gedanke, daß man durch die eigene Erklärung statt sich selbst einen Anderen verpflichten

Digitized by Google

könne, muß dem Durchſchnittsrömer fern gelegen haben. Daß nun der Prätor, als er die adjekticiſchen Klagen einführte, für deren Zuſtändigkeit bei dem Vertreter eine Abſicht gefordert haben ſollte, die Jemand, der das geltende Recht kannte, gar nicht hegen konnte, iſt offenbar unmöglich. Aus demſelben Grund iſt auch die andere hie und da aufgetauchte Meinung zurückzuweiſen, daß der Vertreter, um jene Klagen zu begründen, beim Kontrahiren die Abſicht zu erkennen gegeben haben müſſe, außer ſich ſelbſt doch auch den Prinzipal zu verpflichten. Denn die Möglichkeit, dieſen Doppeleffekt hervorzubringen, iſt erſt durch die prätoriſche Neuerung geſchaffen worden. Gewiß wird ſie durch das Edikt allmählich dem Volksbewußtſein vertraut geworden ſein. Aber zur Zeit, wo das Edikt erlaſſen wurde, — und nach den Geſichtspunkten dieſer Zeit müſſen wir doch ſeinen Inhalt beurtheilen — kann ein ſolches Volksbewußtſein noch nicht vorhanden geweſen ſein, konnte kein institor oder magister navis, der wußte, was Rechtens war, jene Doppelabſicht haben, und der Prätor, der ihre Aeußerung zur Vorausſetzung der neuen Klagen gemacht hätte, würde hiermit etwas gefordert haben, was bis dahin im Verkehrsleben kaum jemals vorgekommen war [1]).

Der römiſche Vertreter brauchte alſo, um den Prinzipal adjekticiſch zu verpflichten, in keiner Weiſe die Abſicht kundzuthun, dieſen Effekt hervorzubringen. Aber ſehr voreilig wäre es m. E., mit Schloßmann daraus den Schluß zu ziehen, daß der Thatbeſtand, den die adjekticiſchen Klagen vorausſetzen, ein anderer geweſen ſei, als den wir heute mit „Handeln in fremdem Namen" bezeichnen. Schloßmann vergißt, daß je nach den wechſelnden Rechts- und Verkehrsanſchauungen der Völker und Zeiten der gleiche Thatbeſtand

1) Vgl. Schloßmann ſelbſt a. a. O. S. 239 f.

einer sehr verschiedenen Auffassung begegnen kann. Der römische magister navis, wenn er für den Rheder, der institor, wenn er für seinen Prinzipal kontrahirte, dürfte sich m. E. im Wesentlichen nicht anders ausgedrückt und benommen haben, wie im gleichen Fall der heutige Schiffer und Handlungsbevollmächtigte. Während aber wir z. B. darin, daß der Kommis im Laden verkauft, ohne weiteres eine Erklärung im Namen des Prinzipals erblicken, so war umgekehrt dem Römer die Selbstverpflichtung des institor auch in solchem Fall vollkommen selbstverständlich. Die richtige Fragestellung war hiernach für Schloßmann nicht die: „setzen die adjekticischen Klagen Kontrahiren in fremdem Namen, die Kundgabe der Absicht, einen Anderen zu verpflichten, voraus?", sondern die: „setzen sie einen Thatbestand voraus, worin wir ein Kontrahiren in fremdem Namen erblicken würden?"

Mit dieser Veränderung der Fragestellung wird ein gutes Stück der Schloßmann'schen Beweisführung ohne weiteres hinfällig. So meint Schloßmann S. 242, unter Berufung auf D. (14, 3) 5 § 18 — 7 pr., die herrschende Theorie müsse dem institor, unter Umständen wenigstens, eine Art von Kontrahiren imputiren, die im Verkehr gar nicht vorkomme. Aus jenen Stellen gehe nämlich hervor, daß, wenn der institor von einem procurator omnium bonorum angestellt worden sei, der von ihm geschlossene Kontrakt eine zweifache actio institoria, sowohl gegen den procurator als auch gegen dessen dominus, begründe: wolle man annehmen, daß der institor, um diesen Effekt hervorzurufen, dem mit ihm kontrahirenden Dritten etwa jedesmal ausführlich den Stammbaum seiner Vollmacht habe darlegen, außer in seinem Namen auch noch im Namen jener Beiden zugleich habe kontrahiren müssen? Sicherlich nicht: der römische institor kontrahirte hier genau so, wie im gleichen Falle ein heutiger

Digitized by Google

Geſchäftsangeſtellter, d. h. eben als Geſchäftsangeſtellter. Der Unterſchied iſt nur der. Wir erblicken in ſolchem Kontrahiren ohne weiteres ein Kontrahiren im Namen des Prinzipals und zwar auch dann, wenn der Dritte keine Ahnung davon hat, wer dieſer Prinzipal iſt. Die Anſchauung der Römer war eine andere: ſie laſſen auch aus ſolchem Kontrakt zunächſt den institor ſelbſt haften, und als deſſen Prinzipal, gegen den die actio institoria ſtattfindet, gilt ihnen nicht nur der Geſchäftsinhaber, ſondern, weil ihnen eben auch bei der praepositio die reine direkte Stellvertretung fremd iſt, auch derjenige, von dem unmittelbar die Anſtellung ausgegangen iſt, der Geſchäftsinhaber ſelbſt eigentlich erſt durch dieſen hindurch. Ebenſowenig iſt es richtig, wenn Schl. (S. 249) meint, es ſei vom Standpunkt der herrſchenden Theorie unerklärlich, daß auch ein vom institor abgegebenes Stipulationsverſprechen wider den dominus die actio institoria begründe die Form der Stipulation habe ja ein Kontrahiren in fremdem Namen gar nicht zugelaſſen, der institor habe nur in eigenem Namen promittiren können. Was ſoll hier die Bezugnahme auf die Form beweiſen, da es doch auch bei den formloſen Kontrakten keine direkte Stellvertretung gab? Gewiß iſt, daß, wenn die Stipulation heute noch praktiſch wäre, wir darin, daß der Angeſtellte das Wort „spondeo“ ausſpräche, ſchwerlich ein Hinderniß erblicken würden, ihn als direkten Stellvertreter zu behandeln. Unſere Geſchäftsangeſtellten bezeichnen ſich unendlich oft ſelbſt als die Kontrahenten des Vertrags, ohne eine andere als die aus den Umſtänden hervorgehende Beziehung auf den Prinzipal, nnd doch zweifelt Niemand, daß der Vertrag in fremdem Namen geſchloſſen ſei.

Suchen wir die Antwort auf die richtig geſtellte Frage zu finden. Die herrſchende Theorie ſtellt, mögen ſich ihre Vertheidiger auch da und dort unvorſichtig ausdrücken, in Wahrheit

Digitized by Google

als Voraussetzung der adjekticischen Klagen nur auf: daß der institor mit Bezug auf den ihm anvertrauten Geschäftskreis kontrahirt habe, daß dem Gegenkontrahenten erkennbar geworden sei, er kontrahire als Angestellter. Das ist nicht für den Römer, aber es ist für uns Handeln in fremdem Namen. Dafür aber, daß dies Erforderniß begründet ist, scheint mir zunächst sehr entschieden der Wortlaut der beiden prätorischen Edikte zu sprechen, der in der Hauptsache mit vollkommener Sicherheit rekonstruirt werden kann[1]):

Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit *etc.*

Quod cum institore gestum erit eius rei nomine, cui praepositus fuerit *etc.*

Ich glaube, bei der wohlüberlegten Strenge der Ediktssprache, Gewicht darauf legen zu sollen, daß es heißt: si cum magistro navis und cum institore, und nicht: si a magistro navis und ab institore. Von dem Schiffer und Institor selbst könnte man wohl auch dann, wenn er ohne erkennbaren Bezug auf seinen Geschäftskreis, nur eben objektiv innerhalb desselben Geschäfte geschlossen hat, sagen, er habe eius rei nomine gehandelt. Im Edikt ist aber vom gerere der Gegenpartei die Rede, und ihr ein gestum eius rei nomine zuzuschreiben, ohne daß sie die Zweckbestimmung des Geschäfts kannte, geht m. E. sprachlich kaum an[2]). Auch wir Deutsche würden von einem ohne erkennbar gemachte Zweckbestimmung aufgenommenen Darlehn des Schiffers zwar wohl sagen, es sei z. B. zur Ausbesserung des Schiffs aufgenommen, nimmermehr aber, es sei zur Ausbesserung des Schiffs gegeben.

1) Das Material s. in meinem Edict. perp. § 101, 102.

2) Nicht überzeugend m. E. Mandry, Familiengüterrecht, Bd. 2 S. 601 fg.

Digitized by Google

Damit steht keine einzige Einzelentscheidung der Quellen in Widerspruch. Gewiß ist zuzugeben, daß gar häufig, wo adjekticische Klagen gewährt werden, das uns beschäftigende Erforderniß nicht zum Ausdruck gelangt. Aber es ist zu bedenken, daß es sich beim magister navis und institor um Anstellungen handelt, die dem ganzen Publikum gegenüber erkennbar hervorzutreten pflegen, so daß die Beziehung der abgeschlossenen Geschäfte zum Geschäftskreis dieser Personen, wenn sie objektiv in diesen Geschäftskreis fallen, auch fast immer Jedermann erkennbar ist. So wenig sich bei uns leicht ein Zweifel darüber einstellt, ob ein Prokurist, Reisender, Ladengehülfe in eigenem oder in seines Prinzipals Namen handelt, so selten wird man auch in Rom im Unklaren darüber gewesen sein, ob ein Geschäft des nauta oder institor mit Bezug auf die Anstellung abgeschlossen war oder nicht. Ist es da wunderbar, wenn die römischen Juristen gelegentlich das Erforderniß hervorzuheben unterlassen? Nur darüber, ob das abgeschlossene Geschäft objektiv innerhalb der dem Angestellten anvertrauten Geschäftssphäre liege, werden in der Praxis oft Zweifel aufgetaucht sein, und so kommt es, daß die Erörterungen der römischen Juristen wesentlich nur auf diesen Punkt reflektiren. Was Schloßmann an speziellem Quellenmaterial beibringt, reicht zwar aus, um zu beweisen, was hier nicht bestritten wird: daß der römische Schiffer und institor nicht in der ausgesprochenen Absicht, den Prinzipal zu verpflichten, kontrahirt habe, keineswegs aber um die weitergehende These zu erhärten, daß er, um den Prinzipal zu verpflichten, nicht mit erkennbarem Bezug auf die ihm anvertraute Geschäftssphäre habe zu kontrahiren brauchen.

Schlechterdings nicht zu billigen sind die Schlüsse, die Schloßmann (S. 250 ff.) aus D. (14, 3) 13 pr. zieht:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Are-

Digitized by Google

late, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Der Inhalt dieſer Stelle zeigt, daß der Dritte beim Abſchluß des Vertrags von dem auf die Darlehnsaufnahmen als ſolche bezüglichen Stück der Anſtellung keine Kenntniß hatte: ſonſt würde er ohne Zweifel ſchon in der Formulirung ſeiner erſten institoria ſich darauf berufen haben. Daraus folgert nun Schloßmann, der institor könne hier nicht „im Namen des Prinzipals" kontrahirt haben; denn „wer mit der herrſchenden Lehre ein Kontrahiren im Namen des Herrn, eine Bezugnahme auf die Vollmacht ꝛc. erheiſcht, der muß folgerichtig da, wo ein institor mehrere auf verſchiedene Geſchäftskreiſe bezügliche Vollmachten hat, verlangen, daß das einzelne Geſchäft gerade mit Rückſicht und unter Bezugnahme auf die dasſelbe deckende Vollmacht kontrahirt ſei . . ." Es iſt durchaus nicht einzuſehen, warum für die Gegner Schloßmann's dieſe Folgerung unausweichlich ſein ſoll. Zum wirkſamen Kontrahiren in fremdem Namen gehört nichts als die ausdrückliche oder ſtillſchweigende Erklärung, daß das Geſchäft für den Prinzipal wirken ſolle, und die objektive Exiſtenz einer Vollmacht, die dieſe Wirkung ermöglicht. Daß der Dritte, der mit dem Vertreter kontrahirt, über das Detail der Vollmacht unterrichtet ſein müſſe, hat meines Wiſſens noch niemals Jemand behauptet. Wer in einem offenen Laden Einkäufe macht, wird ſehr oft nicht wiſſen, ob der ihm als Vertreter des Prinzipals gegenüberſtehende junge Mann Prokuriſt, mehr oder minder allgemeiner Handlungsbevollmächtigter, etwa gerade

Digitized by Google

nur an diesem Tage zur Aushülfe als Verkäufer zugezogener Gehülfe ꝛc. ist, und so könnte es ihm freilich leicht, gleich dem Kläger in der Digestenstelle, begegnen, daß er in seiner Klage die Vollmacht falsch qualifizirt; dennoch wird schwerlich Jemand zweifeln, daß, wenn nur wirklich in irgend einem Sinne Vollmacht vorlag, hier wirksam im Namen des Prinzipals kontrahirt ist. Gesetzt also, daß das römische Recht ein obligatorisches Kontrahiren in fremdem Namen überhaupt zuließe, so würde in fr. 13 cit. nichts liegen, was verböte, den hier erwähnten Darlehnsvertrag als in fremdem Namen abgeschlossen anzusehen. Um so weniger steht die Stelle in Widerspruch mit unserer davon abweichenden Formulirung der These. Damit die actio institoria stattfinde, ist erfordert, daß der institor innerhalb seiner Anstellung und mit Bezug darauf kontrahirte, nicht aber, daß er seinem Gegenkontrahenten darüber Auskunft ertheilte, aus welchem Grund das Geschäft innerhalb seiner Anstellung liege, daß er ihm den Inhalt seiner Anstellung im Einzelnen zur Kenntniß brachte.

Mehr Schein hat Schloßmann's Berufung darauf, daß nach den Quellen adjekticische Klagen unter Umständen aus bloßer negotiorum gestio für den Angestellten gegeben werden, — hier habe ja der Letztere mit dem Dritten überhaupt nicht kontrahirt; das Erforderniß einer Bezugnahme auf die Anstellung beim Kontrahiren erledige sich also hier von selbst. Allerdings gehören nun nicht alle von Schloßmann hierfür angeführten Stellen wirklich hierher; speziell in D. (14, 1) 1 § 7 können in dem Passus „si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est" die hervorgehobenen Worte nicht mit Schloßmann auf negotiorum gestio eines Dritten gedeutet werden [1]). Wirklich erwiesen aber ist

1) Aus dem einfachen Grunde nicht, weil ein Dritter, der Aufwendungen zur Ausbesserung des Schiffs macht, nicht negotia nautae,

die actio negotiorum gestorum contraria institoria und quasi institoria des Bürgen, der bei dem Gegenkontrahenten des Angestellten ohne Auftrag für diesen eingetreten ist. Hierfür spricht die allgemeine Ausdrucksweise in D. (14, 3) 5 § 16:

Item fideiussori, qui pro institore intervenerit, institoria competit.

und entscheidend die interpolirte Stelle D. (3, 5) 30 (31) pr. [1]). Nur fragt sich, an welche Voraussetzungen diese Anwendung der adjekticischen Klagen geknüpft ist, und da scheinen mir unbedingt zwei Erfordernisse verlangt werden zu müssen. Einmal, daß der Dritte, bei dem der Bürge intervenirte, selber für seine Forderung adjekticische Klage gegen den Prinzipal hatte; zweitens, daß der Bürge die Vertreterqualität des Hauptschuldners kannte und gerade mit Rücksicht auf diese und die Präpositionsmäßigkeit des Hauptgeschäfts intervenirte. Beide Erfordernisse finden sich im Thatbestand des fr. 30 (31) cit. ausgedrückt [2]); das zweite ergiebt sich überdies durch einen nothwendigen Schluß aus D. (17, 1) 10 § 5, wo dem Bürgen,

---

sondern negotia exercitoris führt, gegen den exercitor also die actio negotiorum gestorum als directa, nicht als exercitoria hat. Bei dem impensum ist an ein impensum a nauta und im Gegensatz zu dem contractum an Geschäfte zu denken, die die Ausbesserung des Schiffs nicht unmittelbar zum Gegenstand, vielmehr nur durch die beabsichtigte Verwendung ihres Ertrags Beziehung auf diesen Zweck haben. Die Thatsache der wirklichen Verwendung ist allerdings an sich nicht entscheidend, sie ist nur ein starkes Indiz für die Präpositionsmäßigkeit des Geschäfts, der Ausdruck also ungenau. Das bleibt er aber, wie man auch die Stelle verstehen mag. Er wird durch fr. 1 § 8, 9 näher erläutert. Uebrigens ist der ganze Passus interpolationsverdächtig.

1) Vgl. zu dieser Stelle die überzeugenden Ausführungen Schloßmann's in Jahrbb. f. Dogm., Bd. 28 S. 287 ff., bes. 326 ff.

2) cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit.

der im Auftrag des Vertreters eintrat[1]), die actio mandati quasi institoria nur in dem Fall gewährt wird, daß er „ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet“[2]). Liegen nun diese Voraussetzungen vor, so ist die Haftung des Prinzipals dem Bürgen gegenüber eine nothwendige Folgerung aus der Anstellung des Vertreters: eius enim rei (scil. cui praepositus est) sequella est, heißt es in D. (14, 3) 5 § 16. Hätte der Vertreter Auftrag zur Verbürgung gegeben, so würde er, obwohl seine Anstellung den Worten nach nicht darauf ging, dennoch mit diesem Auftrag innerhalb seiner praepositio geblieben sein; der Bürge, der ohne Auftrag eintritt, thut dies in berechtigtem Vertrauen auf die praepositio. Uebersetzen wir den ganzen Thatbestand ins Moderne, so ergiebt sich sofort, daß für diese Anwendung der adjekticischen Klagen im heutigen Recht kein Raum wäre. Denn nach der heutigen Auffassung würde der Angestellte seinem Gegenkontrahenten gar nicht sich selbst, sondern nur den Prinzipal verpflichtet haben; der Bürge, der bei diesem Gegenkontrahenten eintrat, würde also nicht negotia institoris, sondern negotia domini gerirt, keine institoria, sondern die direkte actio negotiorum gestorum gegen den Prinzipal haben.

---

1) Von einem solchen, nicht von einem negotiorum gestor, wie Schloßmann (S. 245) annimmt, handelt die Stelle, die in den Digesten, wie schon bei ihrem Autor Ulpian, zu dem Titel mandati gehört.

2) Die Bedeutung dieser Worte hinwegzuinterpretiren, ist Schloßmann (S. 246) in keiner Weise gelungen. Der Passus ist Papinian entnommen, bei dem jedes Wort zu wägen ist und gleichgültige Motive nicht angeführt zu werden pflegen. Gänzlich mißdeutet werden durch Schl. die Schlußworte der Stelle: „quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur“. Diese Worte haben nur indirekten Bezug auf die adjekticische Klage des Bürgen: dieser hat sie nur, sofern der Gläubiger selbst sie hat; der letztere aber hat sie, obwohl der mit einer Darlehnsaufnahme beauftragte procurator kein eigentlicher institor ist, „quia et hic quasi praeposuisse et rel.“.

Digitized by Google

Für das römiſche Recht beweiſen unſere Entſcheidungen nur, daß das gestum cum institore kein Kontrakt mit ihm zu ſein, keineswegs aber, daß, wenn es ein Kontrakt war, deſſen Präpoſitionsmäßigkeit dem Gegenkontrahenten des Inſtitor nicht bekannt zu ſein brauchte; umgekehrt ſehen wir: auch wenn es kein Kontrakt war, ſetzt die actio institoria voraus, daß der Kläger bei der ſie begründenden Handlung um deren Beziehung zur Geſchäftsſphäre des institor gewußt hat.

Geben hiernach die Quellen jedenfalls keine Entſcheidung zu Gunſten der bekämpften Theorie, ſo ſcheinen mir andererſeits allgemeine Erwägungen gewichtigſter Art entſcheidend gegen ſie zu ſprechen. Wir dürfen uns der Frage nicht entziehen: welche Zwecke kann der Prätor, der die actio exercitoria und institoria einführte, mit ſeiner Neuerung vernünftiger Weiſe verfolgt haben? Welches Bedürfniß wollte er befriedigen? Ich ſehe dabei von den Aeußerungen römiſcher Juriſten ab [1]), deren Zuverläſſigkeit in ſolchen Fragen bekanntlich nicht über allen Zweifel erhaben iſt. Die Antwort ſcheint mir nur eine ſein zu können. Schon ehe es adjekticiſche Klagen gab, mußte das eigene Intereſſe desjenigen, der einen magister navis oder institor angeſtellt hatte, ihn dazu drängen, unter gewiſſen Vorausſetzungen die von dem Angeſtellten eingegangenen Verpflichtungen gleich eigenen Verpflichtungen zu behandeln; denn wenn der Angeſtellte im Verkehr mit Dritten lediglich auf ſeinen eigenen Kredit angewieſen blieb, konnte er ſeine Aufgabe nicht erfüllen. So pflegte alſo der Prinzipal derartige Verbindlichkeiten ſeines Angeſtellten zu honoriren, und ſo kam es weiter ſehr natürlich

1) Hier würde namentlich Gai. IV, 70, 71 in Betracht kommen, eine Stelle, die, wenn man ihre Andeutung über den Grund der inſtitoriſchen und exercitoriſchen Klage als authentiſch anſieht („quia ... magis .... domini ... fidem sequitur"), ſchon an ſich gegen Schloßmann entſcheiden würde.

Digitized by Google

dazu, daß der Dritte, der unter jenen Voraussetzungen mit dem Angestellten kontrahirte, auf diese Honorirung rechnete, nach anständiger Verkehrssitte rechnen durfte. Diese anständige Verkehrssitte wird geraume Zeit bestanden haben, ehe ihr der Prätor in den actiones adiecticiae qualitatis rechtliche Sanktion verlieh. Was sind denn nun aber jene Voraussetzungen unter denen der Prinzipal ein Interesse daran hatte, daß der Angestellte auch ihn zu engagiren vermöge, der Dritte einen zunächst moralischen, dann rechtlichen Anspruch darauf, daß jener für den Angestellten eintrete? Sollte zu ihnen nicht nothwendig gerade die von Schloßmann bestrittene gehören, daß dem Dritten die Zugehörigkeit des abzuschließenden Geschäfts zur Geschäftssphäre des Angestellten erkennbar gemacht war? Der Prinzipal hat ein Interesse daran, daß der Angestellte seinen, des Prinzipals, Kredit zu engagiren vermöge, aber keines daran, daß er auch engagirt werde, wenn der Angestellte auf diesen Kredit gar nicht verwiesen, sondern lediglich auf seinen eigenen Kredit kontrahirt hatte, und der Dritte, von dem der Kredit des Prinzipals gar nicht in Rechnung gezogen worden war, kann sich nicht verletzt halten, wenn der Prinzipal ihm Befriedigung weigert. Und man beachte wohl die Konsequenzen der gegentheiligen Ansicht. Woraus soll „der objektive Zusammenhang zwischen dem Geschäfte des institor und der ihm übertragenen Geschäftssphäre des Herrn" (Schloßmann, S. 255) erhellen, wenn jener Zusammenhang dem Gegner nicht erkennbar gemacht war? Da die verschwiegen gebliebene Absicht des Angestellten offenbar nicht in Betracht kommen kann, so könnte nur auf den Erfolg gesehen werden: wo das Geschäft seinem äußerlich hervorgetretenen Erfolge nach dem Prinzipal zu Statten kam, würde der Prinzipal adjekticisch haften[1]). So würde also z. B. nach Schloßmann der

1) S. außer Schloßmann, S. 224, namentlich Brinz, Pandekten (2. Aufl.), Bd. 2 S. 225 f.

Rheder verpflichtet werden, wenn der Schiffer ein Darlehn aufgenommen und für das Schiff verwendet hat, auch wenn dieser es gar nicht für Schiffszwecke gefordert noch erhalten hat. Gesetzt also, der Schiffer hätte auf seinen persönlichen Kredit hin zu nicht angegebenem Zweck — etwa, um Spielschulden zu bezahlen, — ein Darlehn aufgenommen, nachher aber sich anders besonnen, den Betrag dieses Darlehns für Schiffszwecke verwendet und die Spielschulden mittels eines zweiten Darlehns getilgt, so würde der erste Darlehnsgläubiger die actio exercitoria haben. Oder ein zu Darlehnsaufnahmen ermächtigter Institor, der Gelder seines Prinzipals unterschlagen hat, nähme auf seinen persönlichen Kredit bei einem Wucherer ein Darlehn auf, um Geschäftsgläubiger, die er mit jenen Geldern hätte bezahlen sollen, zu befriedigen: nach Schloßmann könnte der Wucherer den Prinzipal mit der institoria belangen. Wir würden hier ein Rechtsinstitut vor uns haben, das über die berüchtigte actio de in rem verso utilis in ihrer schlimmsten Gestalt noch weit hinausginge. Denn diese hielt man doch immer nur bis zum Belauf der Bereicherung begründet; hier aber würde der Prinzipal, wenn nur der Verwendungszweck überhaupt in die Geschäftssphäre des Angestellten fiel, immer bis zur Höhe des wirklich verwendeten Betrags haften, auch wenn die Bereicherung weit dahinter zurückbliebe. Ist es glaublich, daß der Prätor ein derartiges Rechtsinstitut habe sanktioniren wollen? Wer sich zur Bejahung dieser Frage nicht entschließen kann, wird mit der herrschenden Meinung zu dem Ergebniß kommen müssen: die Voraussetzungen der adjekticischen Klagen decken sich mit dem Thatbestand, den wir heute Kontrahiren in fremdem Namen nennen, die adjekticischen Klagen sind von dem Institut der direkten Stellvertretung absorbirt.

Digitized by Google

III.

Die rechtliche Natur des Anfechtungsrechts.

Von Landgerichtsrath **Lippmann** in Torgau.

I.

Ueber die Natur des Anfechtungsrechts gehen die Ansichten bisher weit auseinander. Es kann dies nicht Wunder nehmen. Man erkennt vielfach eine gewisse „Singularität“ [1]) des Anfechtungsrechts an. In den modernen Gesetzgebungen ist dasselbe auf vollständig neuer Grundlage geregelt, und die Art und Weise, wie ein Rechtsanspruch im Wege des Zwanges zu befriedigen ist, hängt vielfach mit staatlichen Einrichtungen zusammen, die das Wohl der Gesammtheit zum Zwecke haben und namentlich in der Gegenwart wirthschaftliche Bedürfnisse derselben und des Einzelnen befriedigen sollen. Ist das reine Privatrecht, d. h. das Recht, welches vorschreibt, daß und welche Befugnisse dem Einzelnen zuständig sein sollen, von größerer Stabilität, gewissermaßen raison écrite, so ist das Recht des Rechtsschutzes von um so größerer Flüchtigkeit. Einen Beweis dafür liefert die Gesetzgebungsperiode Preußens nach Emanation der preußischen Kodifikationen am Ende des vorigen Jahrhunderts. Sie ist zum allergrößten Theile mit verschiedentlichen Reformen auf dem Gebiete des Rechtsschutz-

1) Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 105; Petersen in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 10 S. 54; Entsch. des Obertribunals zu Berlin, Bd. 73 S. 125.

rechts ausgefüllt, und namentlich das Konkursrecht der allgemeinen Gerichtsordnung ist schon früh der Gegenstand neuer legislatorischer Erwägungen gewesen.

Das frühere preußische Obertribunal[1]) charakterisirte das Anfechtungsrecht auf Grund der preußischen Gesetze vom 8. und 9. Mai 1855 als aushülfsweises Klagerecht behufs Vollstreckung der Exekution. Es leugnete die actio doli[2]). Dieser Theorie stehen prinzipiell alle diejenigen Theorien gegenüber, die das Anfechtungsrecht auf ein besonderes Rechtsverhältniß obligatorischen Charakters fundirt und, sei es als actio doli, oder als Bereicherungsklage, oder als gesetzliche Obligation bestimmt wissen wollen[3]). Die Motive zur Konkursordnung und zum Anfechtungsgesetze huldigen in der Hauptsache der sog. Dolustheorie. Cosack (a. a. O.), wesentlich um die Einheitlichkeit des Anfechtungssystems zu retten, Ecciu s[4]) u. A. wollen demgegenüber das Anfechtungsrecht auf Grund einer obligatio ex lege konstruiren. Dieser Gegensatz ist zunächst nur ein fließender. Petersen[5]) bemerkt, die Bezeichnung des Anfechtungsrechts als einer obligatio ex lege habe nur negative Bedeutung dahin, daß dasselbe weder auf Vertrag noch auf Delikt, vielmehr lediglich auf positiver gesetzlicher Vorschrift beruhe. Auf solcher gesetzlichen Vorschrift beruht indessen auch der Deliktsanspruch. Das Reichsgericht (II. Senat) stellt sich in der Entscheidung Band 10 S. 334 u. fg. durchaus auf den Deliktsstandpunkt, giebt aber doch zu,

1) So auch v. Völderndorff, Deutsche Konkursordnung, S. 26.

2) Entsch. Bd. 73 S. 125, Bd. 77 S. 198.

3) Das Nähere darüber s. bei Hartmann, Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen, 3. Aufl. S. 4 u. fg. Die Praxis des Reichsgerichts hat bisher noch keine Klärung gebracht.

4) Preuß. Privatrecht, 6. Aufl. Bd. 1 S. 772. Unbestimmt Hartmann a. a. O. S. 23—25.

5) a. a. O. S. 50.

Digitized by Google

daß man von einer obligatio ex lege um deshalb ſprechen könne, weil durch das poſitive Geſetz die anfechtbare Handlung des Schuldners für eine unerlaubte erklärt ſei. Beide Anſichten begegnen ſich indeſſen vollſtändig darin, daß ſie das Anfechtungsrecht als das praktiſche Reſultat eines neu entſtandenen Rechtsverhältniſſes obligatoriſcher Natur zwiſchen Gläubiger und Anfechtungsgegner begriffen wiſſen wollen. Damit iſt beſtimmt behauptet, daß die Anfechtungsklage die Realiſirung eines Rechtsverhältniſſes lediglich zwiſchen Gläubiger und Anfechtungsgegner erſtrebe. Es muß aber dagegen behauptet werden, daß es ſich bei der Anfechtung überhaupt nur um ein Recht des Gläubigers gegen den Schuldner und daher nur um ein urſprüngliches, nicht erſt neu (aus Dolus oder Geſetz) entſtandenes Recht handelt. Daß die Geltendmachung dieſes Rechts nebenbei Recht und Intereſſe dritter Perſonen affizirt, iſt nichts Außergewöhnliches.

Das Anfechtungsrecht iſt m. E. nichts Anderes, als eine Klage auf Exekution gegen den dritten Beſitzer einer Sache oder eines Werthes, die vorher im Vermögen des Schuldners waren und die durch einen Rechtsakt des letzteren in das Vermögen des erſteren gelangt ſind. Es iſt nicht eine durch einen beſtimmten Rechtsakt erzeugte, beſonders erworbene Befugniß privatrechtlichen Charakters. Es iſt das Schuldrecht ſelbſt in einer beſonderen Phaſe ſeiner Verwirklichung, eine Funktion dieſes Schuldrechts [1]). Daß der Gläubiger, um dieſes Exekutionsrecht gegen den Dritten geltend zu machen, zunächſt zur Klage ſchreiten muß, hängt damit zuſammen, daß dem Dritten gegenüber erſt die geſetzlichen Vorausſetzungen

1) So das Reichsgericht (I. Senat) in der Entſcheidung Bd. 10 S. 332 und beſonders (Hülfsſenat) in Bd. 7 S. 189.

Digitized by Google

dieſes Exekutionsrechts feſtgeſtellt werden müſſen, ehe die Zwangsvollſtreckung ſelbſt ins Werk geſetzt werden kann. Denn daß dieſes Uebergreifen, dieſe Ausſtrahlungen des Exekutionsrechts in die Rechtsſphäre eines Dritten nur unter beſtimmten Vorausſetzungen ſtattfinden dürfen, ſoll nicht die Sicherheit des Verkehrs ſchwer gefährdet werden, iſt begreiflich. Als Eingriff in das Recht des freien Verkehrs muß es poſitiv ſein. Die Unterlage des Anfechtungsrechts bleibt aber immer das Schuldrecht des Gläubigers gegen ſeinen urſprünglichen Schuldner. Deshalb kann auch der Dritte den vollſtreckbaren Schuldtitel des Gläubigers im Weſentlichen nicht mit Einwendungen gegen die Verität der Forderung anfechten, die dem Rechte des urſprünglichen Schuldners entſtammen.

Bei der Anfechtung im Konkurſe ſteht die Sache nicht weſentlich anders. Der Gemeinſchuldner iſt durch den Konkurseröffnungsbeſchluß für ſchuldig erklärt, allen ſeinen Gläubigern zu zahlen. Seine ſämmtlichen Kreditverhältniſſe ſollen aufgelöſt werden. Obgleich der Kreis der Gläubiger und die einzelnen Anſprüche derſelben noch nicht feſtſtehen, ſteht doch immerhin ſo viel feſt, daß der Gemeinſchuldner zur vollſtändigen Befriedigung ſämmtlicher Gläubiger nicht im Stande iſt. In Ausführung des in dem Eröffnungsbeſchluſſe liegenden Schuldſpruchs legt ſich daher der richterliche Beſchlag auf das geſammte Vermögen des Gemeinſchuldners, und was aus dieſem vorher anfechtbar weggegeben iſt, unterliegt dem Anfechtungsrechte des Konkursverwalters als dem Annexum des Konkursſchuldrechts. Mag man die Abwicklung des Konkurſes ſelbſt als Generalexekution oder als Zwangsliquidation charakteriſiren, es iſt doch nur die Realiſirung des in dem Konkurseröffnungsbeſchluſſe liegenden, den Konkurs begründenden richterlichen Schuldſpruchs gegen den Gemeinſchuldner. Der Eröffnungsbeſchluß iſt eine objektive Feſtſtellung der Forderungen gegen

Digitized by Google

den Gemeinſchuldner, jedenfalls mit der Beſtimmtheit, daß das Debet das Kredit überſteigt. Formale Vollſtreckbarkeit dieſer Forderungen kann er zwar nicht geben, denn dies wäre Vollſtreckbarkeit einzelner Forderungen als ſolcher. Wohl aber giebt er materielle Vollſtreckbarkeit, indem er alle Anſprüche in Anſprüche auf Geld umwandelt, bei bedingten und betagten Forderungen mit conditio und dies abrechnet und quantitativ unbeſtimmte Anſprüche dem Quantum nach fixirt. Das Konkursanfechtungsrecht iſt die Konſequenz des Konkurseröffnungsbeſchluſſes. Es iſt erſt mit dieſem gegeben und dient daher lediglich dem Zwecke der Anſpruchsrealiſirung. Gegenüber dem Anfechtungsrechte außerhalb des Konkurſes iſt nur der Gedanke an die Subſidiarität des Rechts in den Hintergrund getreten [1]).

Der Umſtand, daß das Klagerecht auf Zwangsvollſtreckung gegen den Dritten in der Bezeichnung als Anfechtungsrecht einen beſonderen Namen erhalten hat, darf nicht dazu

1) Das Konkursanfechtungsrecht iſt, offenſichtlich wenigſtens in gewiſſen Fällen, zugleich die Negation des Rechts auf Einzelexekution gemäß dem Grundſatze des § 11 K.O. Dann nämlich, wenn mit dem Anfechtungsrechte die Exekutionshandlung eines einzelnen Gläubigers redreſſirt werden ſoll. Aber auch da, wo eine Rechtshandlung des Gemeinſchuldners ſelbſt, die die Befriedigung oder Sicherſtellung eines einzelnen Gläubigers erzielt hat, angefochten wird, iſt die Anfechtungsbefugniß in der Idee eine ſolche Negation. Denn indem ſie dem Gläubiger den Anfechtungsgegenſtand wieder entreißt, negirt ſie ſchon im voraus deſſen Recht, den durch die Rechtshandlung erlangten Vortheil ſpäter im Wege der Einzelexekution ſich wieder verſchaffen zu können. Selbſt in denjenigen Fällen, in denen die anfechtbare Rechtshandlung nicht Sicherſtellung oder Befriedigung eines einzelnen Gläubigers bezielt hat, alſo z. B. in dem Falle der §§ 24 Nr. 2, 25 Nr. 2 K.O., erſcheint die Konkursanfechtungsbefugniß als die Negation eines Exekutionsrechts. Und wenn überhaupt jeder Anfechtungsbeklagte für ſeine etwaige Gegenleiſtung event. auch nur als Konkursgläubiger auftreten kann, ſo liegt auch nach dieſer Richtung Negation eines exekutoriſchen Rechts vor.

Digitized by Google

verleiten, es als auf einem selbständigen Anspruche beruhend anzusehen. Und höchst unzweckmäßig ist diese Bezeichnung, da sie statt vom Zwecke vom Mittel zum Zwecke genommen ist. Für Klagen des Konkursverwalters auf Grund des § 6 K.O., womit derselbe Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als nichtig ansicht, hat die juristische Terminologie keine besondere Bezeichnung. Und doch gilt von ihnen dasselbe, was von den Anfechtungsklagen gilt. Auch mit ihnen macht der Konkursverwalter das ihm verliehene Exekutionsrecht, sein Recht auf Versilberung der Masse im Interesse der Konkursgläubiger geltend. Dieses Recht ist hier ein absolutes Anfechtungsrecht geworden, da für die Nichtigkeitserklärung der gemeinschuldnerischen Handlungen nach eröffnetem Konkurse besondere, noch zu erfüllende Voraussetzungen nicht gegeben sind. Historisch [1]) ist die Bildung des modernen Anfechtungsrechts auch nur durch die Aufgabe der Idee von der Rückdatirung des Konkurses auf den Zeitpunkt der ersten materiellen Zahlungsunfähigkeit und einer schon für diesen Zeitpunkt angenommenen Nichtigkeit aller gemeinschuldnerischen Handlungen möglich geworden.

Wie aber bezüglich des Anfechtungsrechts von einem besonders (aus Dolus, Bereicherung, gesetzlicher Vorschrift) entstandenen *Rechte* des Anfechtungsberechtigten nicht gesprochen werden kann, ebenso unrichtig erscheint es mir, das, was der im Anfechtungsprozesse unterlegene Beklagte zu leisten hat, noch als auf einer besonderen, *persönlichen Verpflichtung* zur Rückgewähr beruhend hinstellen zu wollen. Der unterlegene Anfechtungsbeklagte hat das Wirken der Exekutionsgewalt unbedingt zu dulden. Und wie vom ursprünglichen Schuldner unmöglich behauptet werden kann, er habe neben

1) Vgl. *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 192 u. fg.

Digitized by Google

der Verpflichtung, die dem Gläubiger zuerkannte Geldsumme zu zahlen, eine Verpflichtung, die er schon vor dem Urtheile hatte, noch eine besondere persönliche Verpflichtung dahin, zum Zwecke der Vollstreckung des Urtheils die nöthigen Werthe herauszugeben, so kann auch von dem Anfechtungsbeklagten, dem gegenüber es sich auch nur um Realisirung des gegen den Schuldner erstrittenen Urtheils handelt, nicht behauptet werden, diesem liege eine persönliche Verpflichtung zur Herausgabe ob.

Ich suche nach Aehnlichkeiten. Eine solche ist es, wenn nach § 660 C.P.O. aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichts die Zwangsvollstreckung nur nach Erlaß eines Zwangsvollstreckungsurtheils seitens eines inländischen Gerichts zulässig sein soll. Auch diese Klage ist Klage auf Exekutionsvollstreckung, und wie die Anfechtungsklage ist auch sie nur unter Erfüllung besonderer im § 661 l. c. gegebenen Voraussetzungen zulässig. Aber das Recht auf solche Klage ist schon in dem ursprünglichen Klageanspruche begründet. Eine Aehnlichkeit ist es weiter, wenn gemäß § 667 C.P.O. eine Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel in dem Falle zu erheben ist, daß nach Erlaß des Urtheils auf Seite des Verklagten eine allgemeine oder, unter Umständen auch eine besondere Rechtsnachfolge stattgefunden hat, um die Vollstreckung des Urtheils gegen den Rechtsnachfolger zu ermöglichen. Und die Aehnlichkeit mit dem Anfechtungsrechte wird geradezu eklatant, wenn es sich um die Bewirkung der Herausgabe einer speziellen Sache handelt, die der Rechtsnachfolger auf Grund eines speziellen Titels erworben hat. Die Klage ist Klage auf Gestattung der Exekution, und daß ihr kein besonderes Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Rechtsnachfolger des Schuldners zu Grunde liegen kann, wird dadurch offensichtlich, daß unter Umständen auch ohne besondere Klage die Vollstreckungsklausel

Digitized by Google

gegen den Rechtsnachfolger ertheilt werden kann. Es ist das alte Schuldrecht, das neu konfirmirt wird. Und auch auf dem Gebiete des materiellen Rechts finden sich ähnliche Fälle. Will der Gläubiger wegen einer rechtskräftig festgestellten Schuld des Erblassers das eigene Vermögen des Erben in Anspruch nehmen, so muß zuvor event. durch Urtheil und Recht festgestellt sein, daß der Erbe die Benefizialeigenschaft verloren hat. Ein neues Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Erben kommt in solchem Urtheile nicht zum Ausdruck. Eine Aehnlichkeit, wenigstens negativer Art, liegt auch in dem Falle vor, daß der dritte Pfandbesitzer gegen den klagenden Pfandgläubiger die sog. exceptio excussionis personalis erhebt. Er leugnet damit die zeitige Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in das von ihm besessene Pfand, ohne daß dieses Recht auf Freiheit von der Exekution auf ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger zurückgeführt werden könnte. Das Recht dazu steckt vielmehr in seinem Eigenthumsrechte, wie die entsprechende Pflicht des Gläubigers in dessen Pfandrechte enthalten ist.

Unrichtig ist es freilich, das Anfechtungsrecht selbst schon als Exekutionsmaßregel bestimmen zu wollen. Wo zunächst eine Klage durchgeführt werden muß, kann von aktuellem Exekutionszustande noch nicht die Rede sein. Das Anfechtungsrecht verlangt nur einen Spruch über die prinzipielle Zulässigkeit der Exekution.

II.

Was die Deliktstheorie anlangt, so mußte das römische Recht mit der actio Pauliana eine besondere Klage geben, wenn es dem Gläubiger helfen wollte, und diese Klage konnte in dem Hauptfalle nur Deliktsklage sein. Auch nach römischem Rechte war das bloße Nichtzahlen des Schuldners zwar Rechts-

Digitized by Google

verletzung, aber nicht deliktischer Natur. Die schädlichen Wirkungen einer solchen Handlung für das Vermögen des Gläubigers wurden dadurch paralysirt, daß das Recht selbst den säumigen oder böswilligen Schuldner zur Zahlung von Zögerungszinsen, von Konventionalstrafe, als eine Konsequenz aus dem Obligationsverhältnisse für verpflichtet erklärte. Auf das Nichtzahlen nach rechtskräftigem Urtheile standen unter Umständen die poena dupli, die Infamie. Damit war der im Nichtzahlen zu Tage getretene passive Widerstand des Schuldners vom Rechte überwunden. Gegen einen aktiven Widerstand desselben darin, daß er seinen Willen, nicht zu zahlen, durch die That bekräftigte, daß er durch Veräußerung seines Vermögens sich selbst leistungsunfähig machte, gegen diese Selbstverstümmelung gab das römische Recht keinen direkten Schutz. Die Obligation ergriff nur den Willen des Schuldners. Es gab, wenigstens zur klassischen Zeit, keine Vermögensexekution im modernen Sinne. Aber die durch den Schuldner begangene Rechtsverletzung durfte nicht vollständig ungesühnt bleiben. Der Schuldner und der Dritte, der bei der Entäußerung des Vermögens thätige Hülfe mitleistete, wurden auf diese That hin dem Gläubiger für verantwortlich erklärt. Das Recht gab dem Gläubiger eine besondere actio doli, mittelst deren er seinem durch die Handlung des Schuldners erlittenen Schaden diesem und hauptsächlich dem Dritten gegenüber wieder beikommen konnte. Und diese Klage ging als echte Entschädigungsklage nicht sowohl bloß auf Herausgabe der dem Dritten zugeflossenen Vermögensstücke des Schuldners, sondern vielmehr auf Ersatz des gesammten Interesses des Gläubigers [1]). Sie war, dem Dritten gegenüber, wahre Deliktsklage, denn ein verletztes obligatorisches Verhältniß zwischen diesem und dem

1) Windscheid, Pandekten, 7. Aufl. § 463 Note 15.

Digitized by Google

Gläubiger war nicht vorhanden. Sie war Klage, nicht Exekution, denn sie bezielte die Befriedigung des Gläubigers wiederum nur dadurch, daß sie sich ausschließlich wieder nur an den Willen des Schuldners und seines Gehülfen wandte.

Im modernen Rechte ist dies anders geworden. Zwar ist auch heute noch das bloße Nichtzahlen seitens des Schuldners nur einfache Rechtsverletzung und wird, wie früher, überwunden dadurch, daß das Gesetz selbst an diesen Thatbestand eine gesteigerte obligatorische Haftung knüpft. Aber auch der sog. aktive Widerstand des Schuldners wird heutzutage durch das Recht selbst, durch seine praktischen Einrichtungen direkt überwunden. Und die Handhabe dazu bietet die heutige Vermögensexekution. Diese Institution ist im Stande, auch den bethätigten aktiven Widerstand des Schuldners zu brechen dadurch, daß sie ihn ignorirt. Und sie hat ein Recht dazu, weil die Obligation gegenwärtig nicht bloß den Willen des Schuldners, sondern auch das hinter dem Schuldner liegende Vermögen ergreift. Sie vermag nicht bloß dem Schuldner das Vermögen zu nehmen, sondern auch dasselbe beim Schuldner festzuhalten. Wenn aber das Institut der Vermögensexekution *im voraus* dazu bestimmt und durch seine innere Einrichtung auch befähigt ist, jeden aktiven Widerstand des Schuldners und seines Gehülfen zu beseitigen, so ist heutzutage der aktive Widerstand nur noch von der gleichen Qualität wie der passive. In solchem Widerstande ist rechtlich nur noch von Bedeutung das Moment, daß der Schuldner den Gläubiger nicht befriedigt hat. Wie dem Schuldner die Sache genommen werden kann, wenn er (einfach) nicht gezahlt hat, so kann sie bei dem Dritten genommen werden, weil der Schuldner nicht gezahlt hat. Der Dolus ist nicht mehr Grund zur Klage, sondern zur Exekution. Damit ist denn auch die Präsumtion eines Dolus vereinbar. Wie die gewöhnliche Zwangsvoll-

Digitized by Google

ſtreckung nicht zuvor unterſucht und unterſuchen kann, ob die im Beſitze des Schuldners betroffene Sache wirklich Eigenthum des Schuldners iſt, es vielmehr dem Eigenthümer überlaſſen muß, interveniendo ſein Eigenthum nachzuweiſen, ſo muß es event. auch dem Anfechtungsbeklagten überlaſſen bleiben, ſeine bona fides darzuthun, um dem ſeinem Vermögen drohenden Nachtheile einer Zwangsvollſtreckung in dasſelbe zu entgehen. Mit dem Dolus als Exekutionsgrund iſt es weiter vereinbar, daß der Dritte mit der Herausgabe des vom Schuldner erworbenen Vermögensſtückes von jeder weiteren Haftung frei wird [1]).

III.

Der Legalobligation ſcheint die Zukunft zu gehören. Indeſſen iſt die Frage nach der formalen Entſtehung der Anfechtungsobligation am Ende nur von untergeordneter Bedeutung. Weit wichtiger für die Erkenntniß der Natur des

1) Mit dieſer Auffaſſung ſteht das geltende Strafrecht nicht im Widerſpruche. Wenn § 288 St.G.B. die Entäußerung von Vermögensſtücken ſeitens des mit Exekution bedrohten Schuldners für ſtrafbar erklärt, ſo liegt das Deliktiſche nicht in der konkreten Handlung, ſondern in der bethätigten Benachtheiligungsabſicht des Schuldners überhaupt, für die die konkrete Handlung nur Symptom iſt. (So Reichsgericht, Entſch. für Civilſachen, Bd. 6 S. 169, eine Entſcheidung, die Hartmann a. a O. S. 17 mit Unrecht anficht.) Nur wo und inſoweit die Rechtsordnung machtlos iſt, wird ſie zur Strafe greifen müſſen, um durch Repreſſion zu wirken. Den widerſpänſtigen Geiſt des Schuldners und deſſen Bethätigung in der Außenwelt kann ſie nicht bändigen, daher Strafe. M. E. iſt die Abſicht, zu benachtheiligen und die Bethätigung dieſer Abſicht ein vollſtändig genügender und greifbarer Thatbeſtand zur Anwendung des Strafgeſetzes. Dasſelbe legt aber auch auf die Form dieſer Bethätigung keinen beſonderen Werth, denn es ſtellt der Bethätigung durch Rechtsgeſchäft diejenige durch bloßes faktiſches Verbringen vollſtändig gleich und es beſtraft auch an dem Schuldner die Benachtheiligung des Gläubigers durch Scheingeſchäft ganz ebenſo, wie durch ein ernſtlich gemeintes.

Digitized by Google

Anfechtungsrechts ſcheint mir eine Erörterung der Frage zu ſein, ob denn nun auch alle Rechtsſätze, die der allgemeine Theil des Obligationenrechts aufgeſtellt hat, ſtrikte auf die Anfechtungsobligation Anwendung finden können. Im Nachfolgenden ſoll deshalb weiter gezeigt werden, wie bedeutend die Abweichungen ſind und ſein müſſen, um die Sache konſtruirbar zu machen. Wenn ich dabei hauptſächlich mit Coſack diskutire, ſo hat dies darin ſeinen Grund, daß bisher dieſer allein eine in alles Einzelne gehende Theorie der Anfechtungsobligation aufgeſtellt hat. Coſack[1]) charakteriſirt das Anfechtungsrecht als eine geſetzliche Obligation, zunächſt um deshalb, weil es ein Poſtulat des Geſetzes ſei, daß der Empfänger einer Zuwendung (alſo jeder Empfänger) die Gefahr der Inſolvenz des Gebers dieſer Zuwendung zu tragen habe. Nun iſt ja nicht zu beſtreiten, daß die Uebernahme einer Gefahr zweckmäßig durch ein obligatoriſches Rechtsverhältniß geregelt werden kann und thatſächlich häufig Inhalt eines ſolchen iſt. Man denke nur an die tagtäglich vorkommenden Verträge über Lebens- und Feuerverſicherung. Aber das Anfechtungsrecht auf dieſes Prinzip ſtellen, heißt doch m. E. nichts Anderes, als daſſelbe in unlösbaren Konflikt mit der Ordnung des ſonſtigen bürgerlichen Rechts bringen, heißt den Begriff der Obligation vernichten. Wenn der Schuldner zahlt, ſo löſt er damit ſeine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger definitiv. Bleibt auf dem Gläubiger trotzdem noch die Gefahr laſten, daß er das Empfangene an irgend einen Dritten wieder herausgeben muß, ſo iſt das obligatoriſche Verhältniß nicht definitiv gelöſt. Wird der Fall der Gefahr praktiſch, und muß er das Empfangene demgemäß wieder herausgeben, ſo muß auch ſeine alte Forderung an den

1) a. a. O. S. 24 u. fg.

Digitized by Google

Schuldner wieder aufleben, und es würde somit keinen Moment geben können, in dem das obligatorische Verhältniß vollständig zum Abschluß gekommen sein würde. So die Theorie der Sache. Die Uebernahme der Gefahr kann wohl Ausgangspunkt und Grundlage eines obligatorischen Verhältnisses sein, niemals aber eine bloße Episode in demselben. Weiter aber bestände eine Gefahr nicht bloß für den Gläubiger, sondern konsequent auch für den Schuldner, und das Postulat des Gesetzes müßte daher dahin lauten, daß nicht bloß der Empfänger sondern auch der Geber der Zuwendung die Gefahr seiner Insolvenz zu tragen habe. Nicht bloß, daß der Gläubiger nicht definitiv empfängt, auch der Schuldner zahlt nicht definitiv. Nur wird dem insolventen Schuldner gegenüber praktisch immer der Gläubiger der Leidtragende bleiben.

Will man daher auch bloß eine Gefahr des Empfängers gelten lassen, so ist doch weiter zu fragen, wem gegenüber nun dieser die Gefahr übernommen habe, um ein obligatorisches Verhältniß konstruirbar zu machen. Daß der in dieser Beziehung Berechtigte nicht der Schuldner sein kann, der ohne Vorbehalt zu leisten hatte, und bei dem der Gläubiger gewissermaßen Rückversicherung genommen hat, ist ohne weiteres klar. Kann dies nun vielleicht ein unbestimmter, ein späterer Gläubiger oder der spätere Konkursverwalter sein? Dann läge doch nur eine noch vollständig imperfekte Obligation vor. Auch an eine Obligation *zu Gunsten* dieses Dritten kann nicht gedacht werden. Der Geber kann als Schuldner der Leistung weder für sich noch für Dritte Vorbehalte machen. Handelt es sich endlich speziell um die Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung gegenüber einem gutgläubigen Empfänger, so versagt aber überhaupt das Prinzip der Uebernahme der Gefahr, solange der Empfänger gutgläubig bleibt. Denn er haftet dann nicht für die Gefahr schlechthin, sondern nur für die Be-

Digitized by Google

reicherung. Er haftet daher für nichts, wenn er im Zustande der Gutgläubigkeit den Anfechtungsgegenstand unentgeltlich weitergegeben hat.

Cosack selbst scheint an die Möglichkeit der oben besprochenen Konstruktion des Anfechtungsrechts doch nicht recht zu glauben (S. 239). Er meint, die Anfechtung sei ein Akt von materieller Bedeutung und enthalte keine bloße Bezugnahme auf fertige, bereits erworbene Rechte. Erst die Erklärung der Anfechtung soll hiernach das obligatorische Verhältniß zwischen Gläubiger und Anfechtungsbeklagten herstellen. Aber diese Erklärung ist doch kein Zauberstab, mit dem der erstere Rechte für sich wach rufen kann, wenn nicht schon eine rechtliche Situation vorhanden ist, in der diese Rechte gleichsam schon latent und embryonisch enthalten sind. Und wenn Cosack das Anfechtungsrecht mit dem Vorkaufsrechte, dem Reurechte, dem Rechte auf definitiven Eintritt in einen zunächst nur auf Probe abgeschlossenen Kaufkontrakt in Parallele stellt (S. 220), so ist gerade in allen diesen letzteren Fällen bereits ein fertiges obligatorisches Verhältniß vorhanden, das schon die Disposition zu der Abwicklung in sich trägt, die ihr schließlich durch die Willenserklärung des Berechtigten wirklich gegeben wird. Die Erklärung der Anfechtung kann hiernach nur den Sinn haben, daß der Anfechtungsberechtigte auf Realisirung der Anfechtungsobligation bestehen will, und damit stimmt auch Cosack's Theorie überein, nach welcher der Zeitpunkt der Anfechtungserklärung zugleich der Zeitpunkt für die Fälligkeit der Anfechtungsleistung sein soll (S. 264). Es könnte keinen besonderen Zeitpunkt für diese Fälligkeit geben, wenn mit der letzteren auch zugleich das obligatorische Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner begründet würde und es braucht doch bei der Obligationstheorie der Zeitpunkt der Begründung der Obligation nicht immer mit

Digitized by Google

dem der Fälligkeit der obligationsmäßigen Leistung zusammenzufallen.

Cosack hat insoweit eine Konstruktion des Anfechtungsrechts lediglich nach civilistischem Muster versucht. Rücksichtslos, mag eine Insolvenz des Schuldners vorhanden oder drohend sein, mag der Schuldner sich in den geordnetsten Vermögensverhältnissen befinden, soll das Gesetz eine Frage der Gefahr dahin entschieden haben, daß der Gläubiger dieselbe zu Gunsten des Anfechtungsberechtigten und diesem gegenüber zu tragen habe. Es wäre dies in der That auch eine Art von „Unfallversicherung", von der Cosack an einer anderen Stelle redet (S. 27), eine Versicherung zu Gunsten derjenigen Gläubiger eines Schuldners, die in Verfolgung ihrer Ansprüche gegen denselben lässig und säumig sind, gegenüber und zu Lasten derjenigen Gläubiger, die nach dem Grundsatze: vigilantibus jura sunt scripta wirklich gehandelt haben, eine Prämie für Passivität.

Aber Cosack verlangt für sein Postulat von der Gefahrsübernahme noch ein besonderes Verständniß. Er meint, der Grundgedanke desselben sei, daß in gewissen Fällen Jeder, der aus fremdem Vermögen eine Zuwendung erhalte, verpflichtet sei, nicht bloß die dinglichen Lasten desselben, sondern auch die allgemeine Bestimmung des Vermögens zur Befriedigung auch der persönlichen Schulden seines Besitzers zu respektiren, und im Anschluß daran sucht er dann für die einzelnen Anfechtungsfälle die besonderen Postulate derselben zu gewinnen. Indessen mit diesem sog. Grundgedanken und seinen speziellen Postulaten steuert Cosack m. E. wieder nach einer anderen Richtung hin. Hier nimmt er Anlauf, das Anfechtungsrecht anders als aus civilistischen Anschauungen heraus zu erklären. Es liegt nahe, den Cosack'schen Grundgedanken in Parallele mit der gesetzlichen Bestimmung des § 2 K.O. zu stellen, wo-

Digitized by Google

nach die Konkursmasse die Bestimmung hat, zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners zu dienen. Hier liegt auch eine Gebundenheit des Vermögens vor. Diese Gebundenheit erklärt sich aus der auf Grund der Insolvenz des Gemeinschuldners erfolgten Konkurseröffnung, die dem Gemeinschuldner die Dispositionsbefugniß entzieht. Beruht nicht das Anfechtungsrecht auf einer gleichen oder doch ähnlichen Gebundenheit des Vermögens des Schuldners? Wenn die Gebundenheit im Konkurse nach dem Wortlaute des Gesetzes Nichtigkeit aller Rechtshandlungen des Gemeinschuldners bewirkt, sonst und außerhalb des Konkurses nur Anfechtbarkeit, so ist der Unterschied kein prinzipieller, sondern bloßer Qualitätsunterschied. Die Gebundenheit im Anfechtungsrechte wirkt nicht unbedingt gegen Dritte. Andererseits könnte man auch das Recht der Konkursmasse auf Nichtigkeitserklärung der gemeinschuldnerischen Handlungen ebenso wie das Anfechtungsrecht theoretisch auf das Prinzip einer Gefahrsübernahme durch den dritten Kontrahenten fundiren und somit auch hier eine gesetzliche Obligation konstruiren. Daß in diesem Falle der Dritte eine ziemlich sichere Gefahr auf sich nimmt, ist klar. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind überhaupt nicht in dem Maße verschieden, wie es Cosack darstellt (S. 338 ff.). Auch die Nichtigkeit tritt nur auf Betreiben des Verletzten, des Konkursverwalters, ein. Der Nichtigkeitsgegner seinerseits hat ein Recht auf Initiative in dieser Beziehung nicht. Die Nichtigkeit wirkt ferner ebenso, wie die Anfechtbarkeit, nur zu Gunsten der Konkursgläubiger, nicht schlechthin für jeden Betheiligten, und wie bei der Anfechtung könnte der Dritte, der sich im Besitze des Gegenstandes des nichtigen Geschäfts befindet, gegen die Klage auf Herausgabe desselben an den Mitkontrahenten des nichtigen Vertrages nicht den Einwand erheben, daß die Konkursmasse das Rechtsgeschäft

Digitized by Google

als nichtig angegriffen habe. Endlich läßt ſich auch die Realiſirung des Nichtigkeitsrechts auf der Unterlage eines obligatoriſchen Verhältniſſes denken. Jede Nichtigkeit kann als bloße Anfechtbarkeit behandelt werden. Denn auch für die Klage auf Rückgewähr wegen Nichtigkeit kann lediglich „der Nachweis eines beſtimmten faktiſchen Verhältniſſes, das für das Recht der Gläubiger auf Befriedigung von Intereſſe war", beiſpielsweiſe alſo der Beſitz des betr. Gegenſtandes durch den Gemeinſchuldner, „und demnächſt der Nachweis, daß dasſelbe durch den nichtigen Akt beſeitigt iſt", den Klagegrund bilden. Beruft ſich demgegenüber der Verklagte auf ſeinen mit dem Gemeinſchuldner geſchloſſenen Vertrag, ſo genügt zur Widerlegung deſſen der Hinweis auf die Nichtigkeit des Geſchäfts, die jedenfalls die bloße Anfechtbarkeit miteinſchließt [1]).

Die Klage aus dem Anfechtungsrechte iſt nicht dinglicher Wirkung, wie das frühere preuß. Obertribunal angenommen hatte. Sie iſt aber auch nicht perſönlicher Natur in dem Sinne, daß ſie Konſequenz eines beſonderen obligatoriſchen Verhältniſſes zwiſchen Gläubiger und Anfechtungsbeklagten wäre. Die Gebundenheit des Vermögens zu Gunſten der Gläubiger des Schuldners iſt nicht der natürliche und regelmäßige Zuſtand desſelben. Sie tritt nur ein, wenn der Schuldner nicht zahlen will oder nicht zahlen kann. Sie muß nothwendig eintreten, wenn es eine Vermögensexekution geben ſoll. Das Vermögen muß dem Zugriffe der Gläubiger offen liegen. Die Vermögensexekution kann nur in der Weiſe beginnen, daß dem Schuldner in dieſer oder jener Form thatſächlich die

1) Der Unterſchied zwiſchen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit liegt, abgeſehen von der beſchränkteren Wirkung der letzteren gegen Dritte, weſentlich in der verſchiedenen Geltung und Behandlung der Gegenanſprüche des Beklagten gegenüber dem Rechte des Klägers auf Herausgabe des Nichtigkeits- reſp. Anfechtungsgegenſtandes.

Digitized by Google

Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, entzogen wird. Durch dieſen Akt wird das Vermögen den Gläubigern offen gelegt, wird es zu Gunſten derſelben gebunden. Erſt nach dieſem Akte kann die Exekutionsgewalt nach dem Grundſatze der Nürnberger ihre poſitive Thätigkeit entfalten. Dadurch aber, daß das Recht das Inſtitut der Vermögensexekution überhaupt eingeführt hat, giebt es der Thatſache der Dispoſitionsentziehung die Stärke eines rechtlichen Vorgangs. Die Exekutionsgewalt wiederum kann aber nicht willkürlich vorgehen. Sie ſtützt ſich auf das vollſtreckbare Recht des Gläubigers, das durch den richterlichen Spruch anerkannt iſt und demgemäß realiſirt werden muß. So iſt die Gebundenheit des Vermögens das letzte Reſultat eines „objektiv[1]) wirkenden Rechts der Gläubiger" und die Analogie des Verhältniſſes zwiſchen Beſitzer und vindizirendem Eigenthümer, die auch Coſack a. a. O. anerkennt, iſt gar nicht von der Hand zu weiſen. Aber es bleibt doch immer nur bei der bloßen Analogie. Die Klage aus dem Anfechtungsrechte gründet ſich nicht auf ein Recht an der Sache, das im Wege des freien Verkehrs kraft der Satzungen des bürgerlichen Rechts entſtanden wäre, wie bei der Vindikation auf das Eigenthum und, was noch näher liegt, bei der actio hypothecaria auf das Pfandrecht. Das Anfechtungsrecht iſt auch nicht ein Recht auf die Sache ſelbſt, ſondern nur auf ihren Werth, mit dem der Gläubiger ſich zwangsweiſe befriedigen will. Und wie der Urſprung dieſes Rechts lediglich in dem urſprünglichen, allmählich zur Vollſtreckbarkeit erſtarkten Gläubigerrechte zu ſuchen iſt, ſo iſt es auch nur für die Zwecke desſelben exiſtent. Eine Exiſtenz um ſeiner ſelbſt willen hat es nicht und kann es nicht haben. Coſack (S. 228) erklärt denn auch die An-

1) Coſack a. a. O. S. 28.

Digitized by Google

fechtungsbefugniß für ein Accessorium der Hauptforderung selbst. Sie ist die in der letzteren zur vollen Wirksamkeit gelangte Durchschlagskraft, die schließlich die Gebundenheit des schuldnerischen Vermögens bewirkt. Wenn aber das Anfechtungsrecht lediglich eine Qualifikation des Gläubigerrechts darstellt, wie sollte es da theoretisch möglich sein, auf demselben ein gesondertes obligatorisches Rechtsverhältniß aufzubauen? Und welchen Werth hätte es für die Theorie, zwischen die Vollstreckbarkeit einer Forderung und ihrer wirklichen Vollstreckung lediglich zum Zwecke dieser Vollstreckung ein neues Rechtsverhältniß civilrechtlicher Art einzuschieben, das selbstverständlich neue Ansprüche civilrechtlicher Art erzeugen müßte, über die nun wiederum zunächst zu cognosciren wäre, statt den vollstreckbaren Anspruch einfach zu exequiren? Man verneint damit doch die Vollstreckbarkeit der Ursprungsforderung und nimmt der Exekution ihr eigentliches Wesen, die Energie [1]).

IV.

Auch nach Cosack [2]) ist die Anfechtungsklage rücksichtlich der Aktivlegimation prozessualisch schon mit der Behauptung einer bloßen Detention des Anfechtungsgegenstandes seitens des Schuldners in Verbindung damit begründet, daß diese Detention in Folge Rechtshandlung auf den Anfechtungsbeklagten übergegangen ist. Ein Recht des Schuldners braucht nicht vorhanden zu sein. Der Einwand, daß ein Dritter Rechte oder bessere Rechte an der Sache habe, ist unerheblich. Gerade so liegt aber die Sache bei jeder Exekutionsmaßregel,

1) Daß die Sache auch eine eminent praktische Bedeutung hat, wird sich weiter unten bei der Frage zeigen, inwieweit dem Anfechtungsgegner ein Kompensationsrecht mit Ansprüchen gegen den Schuldner, resp. den Anfechtungskläger zugestanden werden kann.

2) S. 241, 253.

Digitized by Google

die gegen den Schuldner selbst gerichtet ist. Der Gläubiger kann kraft des Exekutionsrechts Alles in Beschlag nehmen lassen, was, so zu sagen, an den Rockschößen des Schuldners hängt. Es wird zunächst nicht untersucht, ob diese Beschlagnahme wirkliches Recht des Schuldners trifft oder nicht, noch kann im letzteren Falle der Schuldner irgend welchen Einwand gegen die Vollstreckung erheben. Es bleibt lediglich dem dritten Berechtigten überlassen, seine Ansprüche interveniendo gegen den Gläubiger geltend zu machen. Eine Untersuchung über das Recht des Schuldners oder eines Dritten, sei es ex officio, sei es auf Einwand des Schuldners, würde das Recht des Gläubigers auf Exekution völlig lahm legen. Auch im Anfechtungsprozesse sind diese Zeichen eines Exekutionszustandes vorhanden. Was hier allein noch in Zweifel gezogen werden darf und die sofortige Exekutionsvollstreckung hemmt, ist außer der Frage der Existenz der anfechtbaren Rechtshandlung die Frage der Insolvenz des Schuldners, also die Subsidiarität des Rechtsmittels, kraft welcher Eigenschaft nach der Sprache des alten Prozeßrechts das Anfechtungsrecht gewissermaßen einen besonderen Exekutionsgrad darstellt, sowie die Frage, ob einer der Ausnahmefälle vorliegt, in denen ein fremder Dritte, der Anfechtungsbeklagte, mit seinem Vermögen für die vollstreckbare Forderung zu haften hat. Der Anfechtungsbeklagte haftet daher exekutivisch, nicht obligatorisch [1]) und Exekution ist nicht Obligation. Cosack [2]) meint zwar, die positive Verpflichtung zur Rückgewähr lasse sich nur als eine persönliche obligatorische Schuld auffassen. Allein nicht auf die Leistung an sich, sondern darauf, auf Grund welchen klägerischen Rechts die Leistung zu erfolgen hat, kommt es

1) So Hartmann a. a. O. S. 157, 170.
2) a. a. O. S. 240.

Digitized by Google

an. Der Verklagte, der der Eigenthumsklage gegenüber auf den Werth der Sache haftet, quia dolo desiit possidere, hat den Werth der Sache zurückzugewähren und doch ist seine Haftung nicht eine obligatorische und wenn Cosack a. a. O. weiter meint, daß das Anfechtungsrecht nicht dinglich wirke, somit also bloß obligatorisch wirken könne, so übersieht er, daß das moderne Recht vielfach den Begriff einer nur relativen Dinglichkeit in Geltung gesetzt hat, einer Dinglichkeit, bedingt durch den bösen Glauben des Verklagten. Es liegt eine Aehnlichkeit mit diesem Dinglichkeitsbegriffe vor, wenn nach dem positiven Anfechtungsrechte die Anfechtung unter Voraussetzung eines wirklichen oder präsumirten bösen Glaubens auch gegen den dritten Erwerber des Anfechtungsgegenstandes wirksam sein soll.

Diese (exekutivische) Gebundenheit des Vermögens im Anfechtungsrechte läßt sich als ein Recht des Gläubigers auch nicht auf zivilistischem Wege, durch die Annahme einer Rückwirkung der Anfechtungserklärung begründen. Wie sollte dies auch in dem Falle möglich sein, daß die angefochtene Handlung älter als der Forderungsanspruch des Gläubigers ist? Zwischen Vollstreckbarkeit und Vollstreckung tritt auf Anruf des Gläubigers die Exekutionsgewalt des Staates, die dem Schuldner die Dispositionsbefugniß entzieht. Wenn diese Gewalt sich auch dem Dritten, der mit dem Schuldner in rechtliche Beziehungen getreten war, hinterher fühlbar machen kann, somit nachträglich dem Schuldner die Dispositionsbefugniß entzieht, so liegt der rationelle Grund dafür darin, daß das Anfechtungsrecht, auch das außerhalb des Konkurses wirthschaftlich die Aufgabe hat, den allgemeinen Kredit des Schuldners nach der Regel der Gleichberechtigung aller Gläubiger zu schützen. Und wenn die Exekutionsgewalt, nicht bloß im Anfechtungsrechte, sondern auch sonst in der Vollstreckungsinstanz das-

Digitized by Google

jenige Vermögen des Schuldners noch festhalten kann, das sich zwar noch im thatsächlichen Besitze desselben befindet, indessen schon behaftet mit der Verpflichtung einer späteren Veräußerung an Dritte ist, wenn sie also hier in Rechte Dritter, wenn auch nur obligatorischer Art eingreifen kann, so ist der Eingriff des Anfechtungsrechts in den thatsächlichen Besitz des Dritten keine so ganz anomale Gestaltung der Sache, daß zu ihrer Erklärung in diesem Falle eine besondere Konstruktion des Anfechtungsrechts herangezogen werden müßte.

Im römischen Rechte vertrat das Pfandrechtsinstitut wirthschaftlich die Stelle unserer heutigen Vermögensexekution von Staatswegen und damit war auch in ihm der Begriff der Anfechtbarkeit als einer relativen Ungültigkeit der Rechtshandlung dem Wesen nach, wenn auch in anderer Form, vorhanden. Es kann ihn überhaupt keine einigermaßen entwickelte Rechtsbildung entbehren. Wenn nach römischem Rechte der Eigenthümer seine mit einem Pfandrechte belastete Sache veräußerte, so war diese Veräußerung nicht nichtig, wohl aber relativ ungültig. Nicht nichtig, weil der Veräußerungsakt zwischen den Kontrahenten vollgültig und deshalb mit der Konsequenz der Eviktionspflicht bestehen blieb. Aber relativ ungültig, weil ihn der Pfandgläubiger nicht zu respektiren brauchte. Nie und nimmer ist es indessen dem römischen Rechte eingefallen, das Verhältniß zwischen Erwerber und Pfandgläubiger, das den ersteren zur Herausgabe der Sache an den letzteren verpflichtete, als auf einem Obligationsverhältnisse beruhend aufzufassen. Die Verpflichtung zur Herausgabe war nur die Konsequenz der Dinglichkeit des Pfandrechts. Kraft dieses Pfandrechts brauchte der Pfandgläubiger eine Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers nicht gegen sich gelten zu lassen. Seine eigene Veräußerungsbefugniß prävalirte, um ihm die Möglichkeit zu geben, zu seiner Befriedigung durch

Digitized by Google

Verkauf der Sache zu gelangen. Und auch darin ist diesem römischen Rechtsverhältnisse unser heutiges Anfechtungsrecht ganz gleichartig gestaltet, daß durch Zahlung der Schuldforderung seitens des Erwerbers der Sache Pfandrecht sowohl als Anfechtungsrecht erlischt und daß der Erwerber auf solche Beseitigung durch Zahlung ein Recht hat. Darin unterscheidet sich aber das Anfechtungsrecht von pfandrechtlichen Normen, daß es dem Eigenthümer erst ex post die Veräußerungsbefugniß entzieht. Soll das Pfandrecht seinen primären Zweck, die zukünftige Befriedigung des Pfandgläubigers erfüllen können, so muß es von vornherein dem Pfandschuldner die Dispositionsbefugniß zu Gunsten des Pfandgläubigers entziehen und diese Befugniß zu einem Rechte an der Sache selbst normiren. Das Anfechtungsrecht will nicht Sicherstellung, sondern präsente Befriedigung auf dem Wege staatlichen Zwanges. Die Staatsgewalt, die die Exekution vollzieht, muß daher berechtigt sein, im Zeitpunkte dieses Vollzuges dem Schuldner die Dispositionsbefugniß über die veräußerte Sache mit der Wirkung zu nehmen, daß der Erwerber der Sache diesen Mangel als einen schon vor der Veräußerung vorhanden gewesenen gegen sich gelten lassen muß. Anderenfalls gäbe es keine relative Ungültigkeit der Rechtshandlung, die event. den Eviktionsfall [1]) gegen den Schuldner begründete. Die bloße Anfechtungsobligation vermag die Eviktion nicht zu begründen. Wenn der Anfechtungsgegner kraft Obligation zur Herausgabe der Anfechtungssache verpflichtet ist, hat er dann nicht mit dieser Herausgabe einfach eine Pflicht erfüllt [2])?

1) Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 2 § 148. Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 391 Note 4 a.

2) Cosack (S. 327) will den Eviktionsfall konstruiren, weil dem Anfechtungsgegner das Anfechtungsobjekt nur unter gleichzeitiger

V.

Daß die Konstruktion eines besonderen obligatorischen Verhältnisses zwischen Gläubiger und Anfechtungsbeklagten unmöglich ist, daß die Anfechtungsklage nur Klage auf Zwangsvollstreckung ist, beweist m. E. auch § 10 des Anfechtungsgesetzes. Darnach soll beim Vorliegen eines nur vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels oder eines nur unter Vorbehalt ergangenen Urtheils in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urtheile die Vollstreckung desselben davon abhängig gemacht werden, daß die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. Die Vollstreckung, die hier suspendirt wird, ist in Wahrheit nicht die eines besonderen Anspruchs, des Anfechtungsanspruchs, sondern

---

Belastung mit der Anfechtungsobligation verschafft sei und weil gegenüber dem im Besitze der Sache befindlichen Anfechtungsgegner das obligatorische Anfechtungsrecht des Gläubigers das bessere Recht sei. Der erstere Theil dieser Argumentation kann in dem besonderen Falle, daß das angefochtene Rechtsgeschäft älter als der Forderungsanspruch des Gläubigers ist, doch nur dahin verstanden werden, daß der Erwerber die Gefahr der Zuwendung dem Gläubiger gegenüber zu tragen habe. Von einer Belastung des Anfechtungsobjektes selbst kann nicht die Rede sein. Was die weitere Argumentation anlangt, so mag zugegeben werden, daß auch auf bloß obligatorische Ansprüche Eviktion gegründet werden kann, obwohl im modernen Rechte die Sache sich schwerlich durch Beispiele belegen lassen dürfte. Wie kann aber das Anfechtungsrecht als das bessere Recht bezeichnet werden, wenn der Anfechtungsberechtigte immer nur kraft Obligation die Herausgabe der Sache verlangen und dieses Anfechtungsrecht nicht als aus einem Manko im Rechte des veräußernden Schuldners entsprungen aufgefaßt werden kann? Die Umbildung des Eviktionsrechts im vorliegenden Falle liegt m. E. darin, daß an die Stelle des älteren besseren das jüngere dingliche Recht verdrängenden Rechts auf die Sache ein Recht getreten ist, das gar nicht als ein Recht auf die Sache selbst bezeichnet werden kann und nur deshalb vollwirksam ist, weil dem einzig und allein in Frage kommenden dinglichen Rechte des Schuldners, dem Eigenthume, die wichtigste Befugniß, die Veräußerungsbefugniß, entzogen ist.

Digitized by Google

die des ursprünglichen, dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Anspruchs. Anderenfalls käme man zu der Absurdität, daß das Urtheil im Anfechtungsprozesse zwar Rechtskraft besitze, aber doch keine Vollstreckbarkeit. Eine Negation des Wesens der Rechtskraft läge dann hier vor[1]). Wenn aber nun weiter das Urtheil im Anfechtungsprozesse mit dem Momente von selbst die Vollstreckbarkeit gewinnt, in dem das gegen den Schuldner ergangene Urtheil rechtskräftig oder vorbehaltlos wird, und wenn dies die Folge hat, daß wegen des dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Anspruchs nunmehr der Anfechtungsbeklagte exequirt werden kann, so kann dies nur in der Identität des Anfechtungsanspruchs mit dem gegen den Schuldner verfolgten seinen Grund haben. Die Nothwendigkeit eines zweiten Prozesses, des Anfechtungsprozesses, ist nur darum gegeben, weil der Anfechtungsbeklagte nicht unbedingt, sondern nur unter Voraussetzungen wegen des dem Gläubiger gegen den Schuldner zustehenden Anspruchs exequirt werden kann. Diese Voraussetzungen als vorhanden festzustellen, ist Sache des Anfechtungsprozesses und lediglich auf diese Feststellung beschränkt sich für den Fall der Verurtheilung des Anfechtungsbeklagten die Rechtskraft des Urtheils in diesem, die hiernach in selbständiger Weise wohl vorhanden ist und vorhanden sein muß. Sie geräth so auch nicht in Widerspruch mit der Unvollstreckbarkeit des Urtheils. Die letztere ist vielmehr nur eine Konsequenz davon, daß im Anfechtungsurtheile nur über Voraussetzungen entschieden wird. Und zwar nicht über Voraussetzungen für einen besonderen materiellrechtlichen Anspruch, sondern lediglich über solche für die Zwangsvollstreckung. Gerade die bedingte Fassung des Urtheils, wie sie Cosack[2]) für den Fall des § 10 vor-

1) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 192.
2) a. a. O. S. 227.

schlägt, scheint mir dies zu beweisen. Der Sinn eines solchen Urtheils kann in Kürze nur der sein, daß, wenn die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner besteht, dieselbe vollstreckt, wenn nicht, der Kläger mit dem Vollstreckungsantrage abgewiesen werden soll. Cosack meint zwar, im Falle des § 10 sei nur die Aktivlegitimation für den Anfechtungsanspruch noch nicht endgültig festgestellt. Das Gleiche gilt aber auch für den ursprünglichen Schuldanspruch, und der Mangel der Aktivlegitimation steht dem Mangel eines Anspruchs in toto gleich. In dem Prozesse gegen den Schuldner soll über die Schuld geurtheilt werden, in dem gegen den Anfechtungsbeklagten über die Sühne. Hat der letztere auf den Prozeß gegen den Schuldner im Falle des § 10 den Einfluß, daß er als Nebenintervenient im Interesse des letzteren auftreten kann[1]), so kann der Anfechtungsprozeß nur die Frage der Vollstreckung des Anspruchs gegen den Schuldner behandeln[2]).

1) Hartmann a. a. O. S. 193.

2) Ob man das Anfechtungsurtheil im Falle des § 10 nach dem Vorschlage Cosack's oder mehr im Anschlusse an die Wortfassung des § 10 formuliren will, hat wesentliche Bedeutung nur für den Kostenpunkt des Anfechtungsprozesses. In dieser Beziehung ist es aber doch kaum angängig, dem Anfechtungsbeklagten auch dann die Kosten des Anfechtungsprozesses zur Last zu legen, wenn hinterher der Gläubiger mit seinem Anspruche gegen den Schuldner definitiv abgewiesen wird. Die Entgegnung Hartmann's (a. a. O. S. 191), daß die Prozeßordnung nur auf einen Eid bedingte Urtheile kenne und nur für solche ein Purifikationsverfahren vorgeschrieben haben wolle, ist kaum haltbar. Wenn nicht der Form, so doch der Sache nach sind alle Urtheile unter Vorbehalt, alle Zwischenurtheile Urtheile unter einer Bedingung, und bei der Möglichkeit gesonderter Verhandlung und Entscheidung von Theilen des Prozeßstoffes, wie sie die Prozeßordnung im weitesten Umfange zuläßt, muß es in eben solchem Umfange sachlich bedingte Urtheile geben. Die Purifikation aller solcher Urtheile erfolgt auf Grund einer weiteren mündlichen Verhandlung durch ein späteres Urtheil. Dazu muß nothwendig eine verständige Prozeßordnung Raum gegeben haben.

Digitized by Google

VI.

Der gesetzlichen Obligation steht gegenüber die gewillkürte Obligation. Alles, was das Gesetz für den freien Verkehr bestimmt hat, hat nur Geltung für den Fall einer fehlenden Parteiwillkür. In diesem Sinne kann nun beim Anfechtungsrechte nicht davon geredet werden, daß Voraussetzungen und Inhalt der Anfechtungsobligation durch Parteiwillkür beliebig modifizirt werden könnten. Voraussetzungen und Inhalt dieser obligatio ex lege sind zwingend vom Gesetz bestimmt. Ihre Abänderung würde die Wesenheit der Sache vernichten. Hätte der Besitzer der Anfechtungssache mit dem Gläubiger das Abkommen getroffen, daß er für den Fall der Anfechtung auf den Nachweis des vollstreckbaren Titels gegen den Schuldner, resp. auf den der Vermögensunzulänglichkeit des letzteren verzichte, so würde dies keine bloße Modifikation des Anfechtungsrechts darstellen. Sollte solche Verabredung überhaupt eine Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners erzeugt haben, so könnte in ihr nur die Uebernahme einer accessorischen Verpflichtung, mit dem Anfechtungsobjekte für die Schuld des Schuldners haften zu wollen, gefunden werden, und statt gegen den ursprünglichen Schuldner müßte gegen den Besitzer des Anfechtungsgegenstandes selbst die Schuld rechtskräftig festgestellt werden. Aber die Exekution gegen diesen würde dann nicht Exekution auf Grund des Anfechtungsrechts, nicht Exekution gegen einen Dritten sein. Ganz gleich kommt die Sache zu stehen, wenn der Dritte für den Fall der Anfechtung sich verpflichtet hätte, statt des Anfechtungsgegenstandes eine andere Sache behufs Befriedigung des Gläubigers herauszugeben. Auch hier müßte zunächst res judicata gegen ihn selbst vorliegen, ehe eine Exekution gegen ihn selbst als Schuldner bewerkstelligt werden könnte.

Digitized by Google

Daraus ergiebt sich, daß, wenn auch im Prozesse der Anfechtungsgegner auf den Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anfechtung verzichten, sich dem geltend gemachten Anfechtungsanspruche unbedingt unterwerfen kann, jede vorhergehende Konnivenz desselben doch die Sache von Grund aus verändert. Das Anfechtungsrecht ist eben kein Recht für den freien Verkehr. Es ist ein Recht im Gefolge der Zwangsordnung des Staates.

Die Konstruktion einer obligatio ex lege ist m. E. deshalb unmöglich, weil dem Anfechtungskläger eine Dispositionsbefugniß über den Anfechtungsgegenstand selbst nicht zusteht. Dies ergiebt sich evident in dem Falle einer Konkurrenz mehrerer Anfechtungsberechtigten bezüglich desselben Anfechtungsgegenstandes. Cosack[1]) will das Verhältniß derselben zum Anfechtungsgegner nach den Grundsätzen der Solidarobligation beurtheilt wissen. Es ist dies eine Konsequenz seiner Anschauung, die, soviel ich sehen kann, nirgends weiter getheilt wird und die auch in ihren praktischen Resultaten, so insbesondere darin, daß auch durch Vergleich, Erlaß, Urtheil, sog. Novation die konkurrirenden Ansprüche anderer Anfechtungsberechtigten sollen aufgehoben werden können, mit Entschiedenheit bekämpft wird[2]). Eine aktive Solidarobligation (nur auf solche kommt es hier an) liegt nach der Lehre des Pandektenrechts dann vor, wenn verschiedene selbständige Forderungsrechte auf ein und denselben Leistungsgegenstand gehen und wenn durch einmalige Leistung desselben an einen der Berechtigten die Ansprüche der übrigen Berechtigten untergehen. Ein solches Verhältniß schafft das Anfechtungsrecht nicht. Schon Puchta[3]) bemerkt, daß der zwischen mehreren

1) S. 228 f.
2) Vgl. namentlich Hartmann a. a. O. S. 162 f.
3) Pandekten (6. Aufl.) § 233 Note 6.

Digitized by Google

Gläubigern durch den Konkurs geschaffene Zusammenhang nicht ein solcher sei, der als Qualifikation der Obligationen selbst betrachtet werden könnte. Der Zusammenhang solcher Obligationen entsteht lediglich in dem Stadium ihrer Realisirung durch die Thatsache der Insolvenz des Schuldners. Nur weil der Schuldner seine sämmtlichen Gläubiger nicht voll befriedigen kann, wirkt die Geltendmachung der einen Obligation auf die der anderen ein. Bei der Solidarobligation liegt der Zusammenhang schon in ihrer Struktur.

Cosack[1]) meint, daß, wie bei der aktiven Solidarobligation, nach Reichsrecht jeder der mehreren Anfechtungsberechtigten die volle Dispositionsbefugniß über den Schuldgegenstand habe. Gemäß § 13 Abs. 3 des Anfechtungsgesetzes sei eine Befriedigung oder Sicherstellung des Einzelanspruchs an sich gültig, weil sie erst durch besondere Anfechtung seitens eines anderen Anfechtungsberechtigten resp. des Konkursverwalters wieder beseitigt werden könne, müsse also konsumirende Kraft haben. Allein daraus scheint mir doch ganz im Gegentheil zu folgen, daß durch solche Befriedigung, Sicherstellung das besondere Anfechtungsrecht anderer Anfechtungsberechtigten resp. des Konkursverwalters noch nicht untergeht, unzweifelhaft wenigstens ein Widerspruch gegen die Lehre von der Solidarobligation, daß durch die Leistung an einen der Solidargläubiger der Anspruch der anderen unbedingt erlischt. Kann der Konkursverwalter mittelst seiner Anfechtung dem ersten Anfechtungskläger den Anfechtungsgegenstand wieder entziehen, so ist damit die volle Dispositionsbefugniß des letzteren geleugnet, und das Resultat für diesen ist auch, daß einfach seine ursprüngliche Forderung wieder in Kraft tritt. Aber Cosack übersieht auch, daß nach

1) S. 229 Note 9.

Digitized by Google

§ 13 l. c. eine neue Anfechtung nur dann zulässig und also möglich ist, wenn die Befriedigung oder Sicherung des ersten Anfechtungsberechtigten „aus dem Zurückzugewährenden" erfolgt ist. Daraus ergiebt sich aber m. E. weiter, daß, wenn der Anfechtungsberechtigte nicht einfach „das Zurückzugewährende" als Gegenstand seiner Befriedigung in Anspruch genommen, vielmehr in willkürlicher Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner ein Surrogat, z. B. datio in solutum, Befriedigung durch Kompensation gewählt hat, das „Zurückzugewährende" für die Angriffe der übrigen Anfechtungsberechtigten frei bleiben muß, es also in dieser Beziehung keiner besonderen Anfechtung bedarf, während allerdings wiederum bezüglich des Surrogats event. eine neue Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein kann. Es liegt also dann eine Disposition über Anfechtungsrechte Anderer überhaupt nicht vor. Daraus der Schluß: bei der sog. obligatio ex lege giebt es im Verhältnisse mehrerer Anfechtungsberechtigten zu einander weder eine Erfüllung noch Surrogate derselben, weil entweder der Anfechtungsberechtigte eine Dispositionsbefugniß über den Anfechtungsgegenstand nicht hat oder eine solche nicht in Frage steht. Und da der Kreis der Anfechtungsberechtigten niemals ein fest geschlossener ist, im Konkurse noch das besondere Anfechtungsrecht des Konkursverwalters hinzutritt, bleibt selbst in dem Verhältnisse des einzelnen Anfechtungsberechtigten zum Anfechtungsgegner so lange Alles in suspenso, als Anfechtungsrechte Dritter geltend gemacht werden können und als nicht (außerhalb des Konkurses) für den einzelnen Forderungsanspruch ein Pfändungspfandrecht erworben ist. Im letzteren Falle wird aber schließlich nicht sowohl das Anfechtungsrecht realisirt als vielmehr das für die Forderung erlangte Pfandrecht, und die Dispositionsbefugniß des Gläubigers über dieses Pfandrecht ist keine ureigne, entlehnt sich

Digitized by Google

vielmehr aus der Exekutionsgewalt des Staates innerhalb der Grenzen der Exekutionsordnung. Gerade das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters aber ist ein Beweis gegen die Solidarität. Denn es kann nur namens sämmtlicher Konkursgläubiger geltend gemacht werden, das Anfechtungsobjekt wird an sämmtliche Konkursgläubiger zu Händen des Konkursverwalters ausgeliefert, und erst mit der erfolgreichen Durchführung einer solchen Anfechtungsklage ist die Frage der Anfechtung ein für allemal aus der Welt geschafft.

Konsequent muß auch dem Anfechtungsbeklagten die Befugniß fehlen, statt der Leistung des Anfechtungsobjekts ein Surrogat einzusetzen [1]). Er macht sich vielmehr dem Schuldner und den anderen Gläubigern gegenüber schon in dem Falle z. B. verantwortlich, daß er den Anfechtungsgegenstand, statt ihn bloß zur Zwangsvollstreckung zu stellen, direkt an den anfechtenden Gläubiger herausgiebt [2]). Wenn aber Cosack weiter meint, daß Erlaß, Vergleich eines Anfechtungsberech-

1) Cosack (S. 229 Note 6) meint zwar, die „Befriedigung" im § 13 l. c. umfasse auch die Erfüllungssurrogate. Aber gerade an dieser Stelle ist dieser Ausdruck offenbar in einem engeren Sinne gebraucht. Befriedigung „aus dem Zurückzugewährenden" kann nur Leistung des Anfechtungsgegenstandes selbst sein. Auch im § 7 des Anfechtungsgesetzes kann der Ausdruck nur in diesem Sinne gebraucht sein. Daß er im § 23 K.O. ausnahmsweise in einem weiteren Sinne gebraucht ist, ergiebt sich aus dem Zusatze: die der Gläubiger nicht in der Art zu beanspruchen hatte.

2) Z. B. in dem Falle, daß die Sache von dem Anfechtungskläger unterschlagen oder bei demselben verloren gegangen sein sollte. So auch Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1, S. 620. Wenn Hartmann a. a. O. S. 162 gegen Eccius einwendet, die Anfechtungsobligation erschöpfe sich wie jede andere Obligation in der Verpflichtung zur Leistung eines Vermögenswerthes, so verkennt er, daß die Obligation niemals ein Recht bloß auf den Werth der Leistung ist. Bei einer Leistung bloß des Werthes könnte niemals von einem konkreten Inhalte der Leistungspflicht die Rede sein.

Digitized by Google

tigten das solidarische Anfechtungsrecht der übrigen Berechtigten insoweit mindere, als erlassen resp. ermäßigt sei, so hat schon die Pandektenlehre für die aktive Solidarobligation einen gleichen Satz nicht aufgestellt und nicht aufstellen können. Der Solidargläubiger, der erläßt, sich vergleicht, steht demjenigen Solidargläubiger gleich, der überhaupt nicht fordern will, und ein solcher giebt damit den übrigen Solidargläubigern nur Freiheit der Bewegung in ihrem Verhältnisse zum Schuldner. Für das moderne Anfechtungsrecht spricht aber in dieser Beziehung noch ein besonderer Grund. Das Anfechtungsrecht ist gegeben lediglich zu dem praktischen Zwecke der Befriedigung des Gläubigers. Will der letztere solche Befriedigung nicht, so muß ihm auch sein Anfechtungsrecht entfallen. Der Gläubiger kann nicht zu gleicher Zeit das Anfechtungsrecht ausüben, also fordern und nicht fordern. Der Gläubiger, der nicht fordern will [1]), trifft Disposition nur über seine eigene Forderung, sei es positiv dahin, daß diese untergehen soll, sei es auch nur negativ dahin, daß ihre aktuelle Geltendmachung suspendirt bleiben soll. Wäre das positive Nichtfordern durch Erlaß, Vergleich eine Disposition über den Anfechtungsgegenstand selbst, so wäre es eine Unwahrheit, mit den Motiven [2]) zum Anfechtungsgesetze zu sagen, daß, insoweit der Anfechtungsgegner die Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes bewirkt habe, er auch anderen Anfechtungsberechtigten gegenüber frei werde. Und wenn sonst ein Vorrang des einen Anfechtungsberechtigten vor dem anderen und somit eine schlechtere Lage des letzteren nur durch die Thatsache der Pfändung des Anfechtungsgegenstandes bewirkt werden kann, würden die gleichen Verhältnisse schon durch die Thatsache des Erlasses, Vergleiches

1) Und dem steht auch der Gläubiger gleich, der nicht fordern kann, weil ihm die Durchführung der Anfechtung nicht gelungen war.

2) S. 663.

Digitized by Google

gegeben sein, deren Vortheile noch obendrein nur dem Schuldner resp. Anfechtungsgegner zu Statten kämen. Wäre dies aber gerecht und müßte nicht dagegen eine Remedur durch eine neue Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein? Im Konkurse scheidet der Gläubiger, der nicht fordern will, einfach aus. Auch außerhalb des Konkurses kann dies nicht anders sein. Cosack will freilich seine Meinung dahin eingeschränkt sehen, daß, wenn erkennbar die Fortdauer konkurrirender Anfechtungsansprüche vorbehalten sei, Erlaß, Vergleich konsumirende Wirkung für die solidarischen Anfechtungsrechte nicht haben solle. Allein damit wäre der Fortbestand dieser Rechte nur vollständig in die Willkür des ersten Anfechtungsklägers gestellt. Und wenn er überhaupt erlassen, sich vergleichen kann mit Vorbehalt der Rechte Anderer, wenn er also in diesem Falle nur auf seine eigene Forderung verzichtet, sich nur über diese vergleicht, so ist nicht einzusehen, weshalb ein vorbehaltsloser Erlaß, Vergleich nun die Rechte anderer Berechtigten tangiren müsse. Cosack giebt zu, daß der einzelne Anfechtungsberechtigte durch Anstellung der Anfechtungsklage den solidarischen Anfechtungsanspruch niemals in seiner Person konzentriren kann, daß selbst ein für ihn günstiges Urtheil in diesem Prozesse, abweichend von der Lehre der Solidarobligation, konsumirende Wirkung gegen andere Anfechtungsberechtigte nicht hat und außerhalb des Konkurses eine auf Grund solchen Urtheils veranlaßte Pfändung des Anfechtungsgegenstandes auch nur einen Vorrang in der Befriedigung giebt. Daraus folgt, daß eine auf außerprozessualem Wege durch gütliche Abmachung mit dem Anfechtungsgegner erzielte Befriedigung des einen Anfechtungsberechtigten den übrigen Anfechtungsberechtigten auch nur insoweit entgegenstehen kann, als die Resultate dieser Abmachung mit den Ergebnissen einer Verfolgung des Anfechtungs-

rechts im Wege des Prozesses und der Zwangsvollstreckung in Uebereinstimmung stehen würden.

Dieser Vorrang in der Befriedigung läßt sich übrigens auch nicht aus der Lehre von der Solidarobligation erklären. Bei der letzteren hat einfach der Gläubiger den Vorzug, der zuerst die schuldige Leistung wirklich erhalten hat, und damit werden die konkurrirenden Ansprüche der anderen Solidargläubiger überhaupt ganz beseitigt. Eine bloße Sicherstellung eines solidarischen Anspruchs, sei sie freiwillig gewährt oder erzwungen, würde zum Erwerbe eines Vorrangs nicht genügen. Wenn bei der Anfechtungsobligation der Gläubiger einen Vorrang *erst* oder, von einem anderen Standpunkte aus, *schon* durch den Erwerb eines Pfändungspfandrechts erhält, so beweist dies einerseits, daß seine Dispositionsbefugniß über den Anfechtungsgegenstand nicht aus einem obligatorischen Rechte herausgewachsen ist, und andererseits, daß der Zweck der Sache nicht in der Leistung des Anfechtungsgegenstandes selbst, sondern in der Sicherstellung der ursprünglichen Schuldforderung anderen Gläubigern gegenüber liegt. Dann aber ähnelt die Sache jeder gewöhnlichen Zwangsvollstreckungsmaßregel, bei der vor ihrer Durchführung von einer Dispositionsbefugniß des Gläubigers über den Gegenstand der Zwangsvollstreckung nicht die Rede sein kann und dagegen die vollzogene Pfändung Pfandrecht giebt.

VII.

Wann und wie entsteht denn nun die sog. gesetzliche Obligation? Aehnlich, wie nach der herrschenden Theorie auch die außergerichtliche Erklärung des Kompensationswillens die Kompensation vollziehen soll, soll die Anfechtungsobligation entstehen durch Erklärung des Anfechtungswillens, den konstitutiven, den Anfechtungsakt nach *Cosack*. Dieser Akt soll (und

Digitized by Google

das ist dann nur konsequent) Willenserklärung nach civilrechtlicher Art sein und daher der wirklichen Durchführung der Anfechtung im Prozesse auch vorhergehen können. Findet sich aber für solche Art der Begründung eines Obligationsverhältnisses im sonstigen Civilrechte irgend eine Analogie? Kann eine obligatorische Berechtigung sonst durch einseitige Erklärung desjenigen geschaffen werden, dem die Berechtigung zufallen soll? Das Civilrecht kennt nur die Entstehung einer Verpflichtung durch einseitige Erklärung des Verpflichteten und Cosack hätte danach eine neue Spezies der variae causarum figurae gefunden. Indessen Cosack selbst meint, die einseitige Erklärung der Anfechtung müsse von dem dazu Berechtigten ausgehen. Er setzt also ein Recht als schon vorhanden voraus, und dann kann mit diesem Rechte nur das Schuldrecht des Gläubigers gegen den Schuldner gemeint sein. Dieses Rechtsverhältniß ist es, das durch die Erklärung der Anfechtung denn auch in der That nur eine weitere Entwickelung erfährt, wie in ähnlicher Weise eine auf Kündigung stehende Forderung durch die Kündigung nur einziehbar gemacht werden soll. Eine einseitige Erklärung kann dem Erklärenden wohl Neben-, accessorische Rechte auf der Basis des Hauptrechts geben, niemals aber die Quelle der Obligation in toto sein.

Nach dem Anfechtungsgesetze (§ 5 und 9) soll die Anfechtung durch Klage und Einrede geltend gemacht werden [1]). Daß sie nur durch diese prozessualischen Akte geltend gemacht werden kann, ergiebt sich aus § 9 l. c. Die Klage auf Anfechtung darf sich nicht darauf beschränken, einfach die anzufechtende Rechtshandlung für unwirksam erklären zu lassen, muß vielmehr bestimmten Antrag darüber enthalten, in welchem Umfange und in welcher Art und Weise die Befriedigung des

1) Im Konkurse gilt aber auch Geltendmachung durch Replik.

Klägers durch Rückgewähr des Anfechtungsobjekts verlangt wird. Das ist keine Ausnahmebestimmung gegen § 231 C.P.O., wie Hartmann[1]) und Cosack[2]) meinen. Es spricht sich vielmehr in ihr das ganze Wesen der Sache aus. Und die Motive betonen es mit aller Schärfe, wenn sie sagen, daß Bedingung für die Anfechtung das derzeitige Zahlungsunvermögen des Schuldners sei, und daß daher gerade zu dem Zeitpunkte, wo die Wirkungen der Anfechtung geltend gemacht werden sollen, das Zahlungsunvermögen des Schuldners vorhanden sein müsse. Hiernach kann die bloß außergerichtliche Erklärung der Anfechtung keine Rechtswirkungen haben. Das Zahlungsunvermögen des Schuldners zur Zeit der Anfechtungserklärung bleibt unerheblich. Es ist stets nur auf den Zeitpunkt der Klageanstellung zu prüfen und behält auch seine Erheblichkeit nur unter der Voraussetzung, daß diese Klage wirklich durchgeführt wird. Wenn im Konkurse die Anfechtungsklage sich auf präjudizielle Feststellung der Anfechtbarkeit beschränken kann, so hat dies darin seinen Grund, daß für die ganze Zeit des Konkurses Insolvenz des Gemeinschuldners gegeben und die Annahme gerechtfertigt ist, daß alle Konkursgläubiger nur theilweise befriedigt werden können. Aber ein solches präjudizielles Urtheil würde nach Beendigung des Konkurses alle Kraft für die Gläubiger als Einzelne verloren haben. Wenn die Motive außerdem aussprechen, daß durch das Verbot der Präjudizialklage außerhalb des Konkurses eine Häufung der Prozesse vermieden werden solle, so ist dies wohl nur eine Bemerkung nebenbei. Denn solcher Grund würde auf das Verbot überhaupt aller Präjudizialklagen hinführen. Wird die Anfechtung im Wege der Einrede durch-

1) a. a. O. S. 185.
2) a. a. O. S. 225.

Digitized by Google

geführt, ſo kann allerdings von einem dem § 9 l. c. entſprechenden Antrage nicht die Rede ſein. Aber auch hier muß der Beklagte nachweiſen, daß gerade für die Zeit der Erhebung der Einrede Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners vorliegt, und die Behauptung, daß ſolche ſchon zur Zeit einer früheren Anfechtungserklärung vorgelegen habe, würde ihm nichts nützen. Daraus ergiebt ſich denn für beide Fälle der Anfechtung weiter, daß einem neuen Anfechtungsprozeſſe die exceptio rei judicatae nicht entgegenſtehen kann, wenn der Anfechtungsberechtigte in einem früheren Verfahren deshalb mit der Anfechtung nicht durchgedrungen iſt, weil er damals das Unvermögen des Schuldners nicht hat nachweiſen können, wenn er nur für die Zeit des zweiten Prozeſſes dazu im Stande iſt. Bei der Annahme eines die Anfechtungsobligation konſtituirenden Anfechtungsaktes iſt dieſe Konſequenz unmöglich. Der wegen mangelnden Nachweiſes der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners abgewieſene Anfechtungskläger hätte ein Element ſeines beſonderen Rechtsverhältniſſes zum Anfechtungsbeklagten nicht erwieſen, und das letztere und damit der ganze Anſpruch müßte hiernach für immer als nicht exiſtent zu gelten haben. Coſack zieht denn auch aus ſeiner Auffaſſung ganz richtig die Konſequenz, daß ein Erkenntniß, das den Anfechtungsanſpruch eines einzelnen Gläubigers verneine, auch anderen Gläubigern entgegenſtehen müſſe, ſoweit Identität der Entſcheidungsgründe vorhanden ſein würde. Indeſſen mehrere Anfechtungsprozeſſe auf daſſelbe Objekt berühren ſich in keiner Weiſe. Sie können gleichzeitig angeſtellt werden, gleichzeitig neben einander laufen, und in dem einen kann der Beweis der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners für erbracht, in dem anderen als mißlungen angeſehen werden. Und deutet nicht auch ein günſtiger Erfolg des Prozeſſes, der Erwerb eines Pfändungspfandrechts für den einzelnen

Digitized by Google

Gläubiger, auf eine völlige Isolirung der mehreren Anfechtungsprozesse hin? Im Anfechtungsprozesse wird nicht ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen den Parteien abgeurtheilt und für alle Zeit festgestellt. Der Prozeß bezweckt lediglich die Sühne für eine Schuld, die solange bestehen bleibt, als sie nicht abgetragen ist.

Die Anfechtung wird nur durch Erhebung der Klage oder Einrede wirksam. Dies ist die herrschende Meinung. M. E. weist auch das Anfechtungsgesetz nachdrücklich darauf hin, wenn nach § 3 die Anfechtbarkeit davon abhängig gemacht wird, daß die anzufechtende Rechtshandlung in einem bestimmten Zeitraume vor der Rechtshängigkeit liegen muß, und wenn nach § 4 nur durch Zustellung eines Schriftsatzes, also in prozessualischer Form diese Frist für den Anfechtungsberechtigten erweitert werden kann. Die bloß außergerichtliche Erklärung der Anfechtung wirkt nichts, und wenn sie wirken würde, wie wäre dann bei Versäumung der Anfechtungsfristen der Wiederuntergang des durch die Anfechtungserklärung geschaffenen Rechtsverhältnisses zu erklären? Etwa durch Verjährung? Das Anfechtungsgesetz läßt nur in dem speziellen Falle des § 3 Nr. 1 eine „Verjährung" zu. Indessen auch nur dem Wortlaute nach. Es ist zweifellos, daß diese sog. Verjährung nichts anderes ist, als eine civilrechtliche Fristvoraussetzung zur Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs, und eine solche Fristvoraussetzung ist denn auch nur in den Bestimmungen des § 3 Nr. 2—4 des Anfechtungsgesetzes gegeben [1]). Auch die im § 34 der Konkursordnung gegebene Frist ist keine eigentliche Verjährung [2]).

1) Meischeider in Rassow und Küntzel Bd. 24 S. 469; Wilmowski a. a. O. S. 557; Hartmann a. a. O. S. 209; Jäckel, Anfechtungsrecht S. 129.

2) So auch Kohler Lehrbuch des Konkursrechts S. 270.

Digitized by Google

und Cosack (S. 356) muß sich hierzu dem Zugeständniß bequemen, daß die Verjährungsfrist ihren Lauf schon zu einer Zeit beginnen könne, in der das Anfechtungsrecht noch gar nicht begründet ist. Ist aber hiernach eine Verjährung des Anfechtungsrechts im technischen Sinne nicht möglich, und ist ein legislatorischer Grund für eine unbegränzte Dauer desselben sicherlich nicht aufzufinden, unterliegen weiter alle privatrechtlichen Ansprüche der Regel nach einer Verjährung, so beweist auch dies wieder, daß das Verhältniß zwischen Anfechtungskläger und Anfechtungsbeklagten nicht das eines besonderen obligatorischen Rechtsverhältnisses sein kann [1]).

Mit der Anfechtungserklärung ist überhaupt eine neue Situation nicht geschaffen. Der Anfechtungsgläubiger kann vor wie nach einseitig auf seine Rechte aus diesem einseitigen Obligationsverhältnisse verzichten. Der Lauf der Anfechtungsfristen wird durch die Anfechtungserklärung nicht alterirt, und Cosack (S. 353) selbst giebt zu, daß gewisse Voraussetzungen des Anfechtungsrechts nicht nur zur Zeit der Entstehung des letzteren vorhanden sein, sondern auch fortdauern müssen bis zur Zeit der Erfüllung der Anfechtungsobligation, so die Existenz des ursprünglichen Anspruchs gegen den Schuldner und die Verkürzung der Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung. Ja, die letztere Voraussetzung kann inzwischen cessirt haben, wenn sie nur zur Zeit der Erfüllung der Anfechtungsobligation wieder vorhanden ist. Daraus folgt aber, daß mit der Anfechtungserklärung noch nicht ein fertiges Rechtsverhältniß gegeben sein kann. Endlich ist für ein obligatorisches Rechtsverhältniß in den Fällen gar kein Raum, in denen nach Cosack die Anfechtungserklärung zugleich auch die Erfüllung

1) So auch die Motive zum Entw. I der Konkursordnung, S. 175.

Digitized by Google

der Anfechtungsobligation in sich schließen muß, wenn also das anfechtbare Rechtsverhältniß lediglich in einer Forderung des Anfechtungsgegners an den Schuldner besteht (S. 357), sowie wenn im Konkurse gegen eine nicht anfechtbare Gläubigerforderung mit einer Anfechtungsschuld kompensirt werden soll (S. 233), die Hauptfälle, in denen nach Cosack[1]) der Anfechtungsakt als solcher praktische Bedeutung haben soll.

Im Einzelnen ist gegen Cosack[2]) hier noch Folgendes zu bemerken:

1) Cosack stellt den gewiß richtigen Satz auf, daß eine Anfechtung unter einer Bedingung wirkungslos sei. Aber ist dies nicht bei seiner Theorie vom konstitutiven Akte der Anfechtungserklärung eine Anomalie? Warum soll denn ein solcher rechtsgeschäftlicher Akt keine Bedingung vertragen können? Weder die Natur der Sache noch besondere gesetzliche Bestimmungen verbieten es, und auf das Schweigen der Reichsgesetze legt Cosack, wie weiter unten anzuführen, doch sonst ein erhebliches Gewicht. In Wahrheit kann der Richter im Prozesse, wie bei der Kompensation[3]), mit einer bedingten Anfechtungserklärung nichts anfangen, wenn nicht etwa doch noch im Laufe des Prozesses die Bedingung eintritt. Der Gläubiger, der zunächst nur unter einer Bedingung anfechten will, erklärt eben damit, daß er zunächst nicht anfechten wolle, und giebt damit dem Richter als Klageantrag nur ein weißes Blatt Papier in die Hand. Vom diesseitigen Standpunkte aus ergiebt die Natur der Sache, daß eine so begründete Klage oder Einrede absolutes Nichts ist.

2) Nach Cosack soll die einmal erklärte Anfechtung un-

1) S. 220 Note 3.
2) S. 220, 221.
3) Vgl. meine Bemerkungen in Ihering's Jahrbüchern Bd. 32 S. 243 f.

widerruflich sein, ein übrigens praktisch ziemlich bedeutungsloser Satz nach dem eignen Zugeständnisse des Autors. Demgegenüber kann der für die Kompensationserklärung von der herrschenden Meinung aufgestellte ähnliche Satz, daß solche Erklärung die beiden gegenüberstehenden Ansprüche definitiv aufhebe, doch wenigstens sehr erhebliche praktische Konsequenzen aufweisen. Cosack meint, das Gesetz gedenke einerseits einer Annahme der Anfechtungserklärung Seitens des Gegners nicht und habe andererseits das lebhafteste Verlangen, einer Unsicherheit der Rechtsverhältnisse durch perverse Anfechtungserklärungen vorzubeugen. Dieses letztere Verlangen ist indessen schon durch die kurzen Anfechtungsfristen des Gesetzes befriedigt und es kann innerhalb dieser Zeit dem Anfechtungsberechtigten wohl noch gestattet bleiben, etwas zu deliberiren. Wenn aber das Gesetz einer Annahme der Anfechtungserklärung nicht gedenkt, so ist dies völlig erklärlich, falls die Anfechtung nur im Wege der Klage oder Einrede zu erfolgen hat.

3) Nach Cosack gilt für die Anfechtungserklärung beim Schweigen der Gesetze Formlosigkeit, weil einheitliches Recht etwa zuwiderlaufende Bestimmungen der Partikularrechte außer Kraft gesetzt habe. Warum nun aber für Verträge, insonderheit Vergleiche über die Anfechtung die landesrechtlichen Formvorschriften gelten sollen, wenn diese Akte nicht bloß Surrogate der Anfechtung sind, sondern das Anfechtungsrecht selbst verwirklichen sollen, ist unerklärlich [1]).

1) Kohler (Lehrbuch S. 255 f.) wendet sich gegen die Konstruktion des Anfechtungsrechts als einer obligatio ex lege als unzureichend und die einzelnen Anfechtungsfälle nicht gehörig differenzirend, aber doch nur, um wieder in eine Art Deliktstheorie zurückzufallen. Er nimmt, worin ihm beizutreten, als Ausgangspunkt der Sache das Recht des Obligationsgläubigers an, sei es das individuelle Recht des einzelnen Gläubigers (bei der Einzelanfechtung) oder die Rechte der Obligationsgläubiger im Allgemeinen (bei der Konkursanfechtung). Wenn er nun aber das Anfechtungs-

Digitized by Google

VIII.

Wenn das Anfechtungsrecht ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner darstellt, so ist zu fragen, welchen Inhalt denn ein solches Recht resp. die entsprechende Pflicht habe? Nach den Motiven zum Anfechtungsgesetze kann dieses Recht resp. Pflicht nur dahin gehen, daß dem Gläubiger gestattet werde, den Anfechtungsgegenstand zum Zwecke seiner Befriedigung im Exekutionswege zu verwenden. Kann dies aber als eine Verpflichtung privatrechtlicher Art, somit als eine besondere Verpflichtung bezeichnet werden? Die Exekutionsgewalt des Staates untersteht nicht der Privatdisposition der Parteien. Sie kann daher auch nicht durch eine obligatio ex lege der Parteidisposition unterstellt sein. Wo sie waltet, waltet sie aus eigenem Rechte.

recht als die Reaktion gegen die Verletzung dieser Gläubigerrechte bezeichnet und meint, diese Verletzung könne sowohl durch deliktizische und antisoziale Handlungen herbeigeführt werden, als auch durch „objektive, jedes subjektiven Unrechts baare" Handlungen, so ist doch zu fragen, wie im letzteren Falle eine solche Verletzung solle gedacht werden können? Höchstens eine Kollision von Rechten wäre gegeben. Was den Ansturm gegen das Gläubigerrecht hinfällig macht, ist der Schutz, der dem ersteren durch seine Vollstreckbarkeit, durch den Beistand der Exekutionsgewalt gegeben ist. An dem Felsen dieser Gewalt, auf den nunmehr das Gläubigerrecht gestellt ist, bricht sich die Brandung. Und auch die deliktizische Handlung bricht sich daran. Nicht weil das Delikt das einzelne subjektive Recht des oder der Gläubiger verletzt hat, sondern weil die Exekutionsgewalt nach ihrem Rechte deliktizische Handlungen nicht zu beachten braucht, sie für indifferent erklären kann. Es ist überflüssig, noch von einer besonderen actio doli zu reden, wenn schon das objektive Recht des Rechtsschutzes so eingerichtet ist, daß sich ein dolofes Verhalten überhaupt nicht mehr wirksam geltend machen kann (vgl. auch meine Bemerkungen über die heutige Natur der Kompensationseinrede als exceptio doli in Iherings Jahrbüchern, Bd. 32 S. 239). Delikt sowohl als antisoziale Handlung und Bereicherung bleiben Nüancirungen der einzelnen Anfechtungsfälle. Sie haben nur Bedeutung für die Intensivität dieses Rechtsschutzes.

Digitized by Google

Eine nicht dem Rechte gemäße Handhabung derselben giebt dem davon Betroffenen lediglich einen Entschädigungsanspruch gegen den Staat, resp. dessen Beamten, als den persönlichen Träger dieser Gewalt. Dem widerspricht auch § 702 Nr. 5 C.P.O. nicht. Bei exekutorischen Urkunden handelt es sich nur um ein Paktiren über die Zulässigkeit der Exekution überhaupt. Der Schuldner verzichtet lediglich auf sein Recht vorheriger urtheilsmäßiger Feststellung des Gläubigeranspruchs, ganz ähnlich, wie auch der unwidersprochen gebliebene Zahlungsbefehl, ein Versäumnißurtheil auf solchem (stillschweigenden) Verzichte beruhen kann. Darauf, daß eine spezielle Exekutionshandlung wirklich stattfinde, kann kein obligationsmäßiges Recht und keine dem entsprechende Pflicht der Parteien gehen. Exekution wiederum durch Exekution erzwingen zu wollen, wäre undenkbar. Und nicht der Staat und dessen Beamte würden haftbar sein, wenn die Exekutionshandlung objektiv ungerechtfertigt gewesen wäre, sondern der Gläubiger.

Das Anfechtungsgesetz setzt in den Worten des § 7: „als noch zu demselben (dem Vermögen des Schuldners) gehörig" nicht eine Obligation, stellt vielmehr eine Fiktion [1]) auf. Etwas, was wirklich nicht ist, soll nach dem Rechte als existent, und was wirklich ist, als nicht existent behandelt werden. Hat diese Fiktion gesetzliche Kraft, so bedarf es nicht noch der Konstruktion eines obligatorischen Verhältnisses, um den Anfechtungsbeklagten zur Herausgabe des Anfechtungsobjekts zwingen zu können. Denn nicht sowohl um eine Herausgabe der Sache an sich, sondern vielmehr um eine solche zwecks Ermöglichung der Zwangsvollstreckung handelt es sich. Gerade aber bezüglich einer solchen Herausgabe soll die Fiktion des

1) So auch das Reichsgericht. Vgl. Entscheidungen Bd. 9 S. 11. Juristische Wochenschrift pro 1883 S. 197 und pro 1884 S. 89.

Digitized by Google

schuldnerischen Eigenthums ermöglichen, daß wegen der rechtskräftig gegen den Schuldner festgestellten Schuldforderung nunmehr auch ordnungsmäßig eine Exekution vollstreckt werden kann. Die Fiktion kräftigt zunächst nur die Exekutionsgewalt des Staates, nicht das private Recht des Gläubigers [1]).

Vielfach [2]) hat man den Obligationsgedanken hauptsächlich um deshalb herausgekehrt, weil das Anfechtungsrecht nicht im Stande sei, revokatorisch die in der Zwischenzeit von dem Anfechtungsbeklagten auf das Anfechtungsobjekt gelegten Rechte zu beseitigen, deshalb nicht dinglich wirke. Zunächst ist dies nicht ganz genau gesprochen. Das Anfechtungsrecht vermag auch solche Rechte dann zu beseitigen, wenn gegenüber den dazu Berechtigten die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit vorliegen. Es kann also in dem gedachten Sinne auch dinglich wirken. M. E. ist die Sache befriedigend nur durch die Fiktion des schuldnerischen Eigenthums zu erklären. Diese Fiktion wirkt natürlich nicht gegen alle Welt, sondern wird nur gegen den jedesmaligen Anfechtungsbeklagten in Wirkung gesetzt, als denjenigen, der mit seinem Vermögen für die Schuld des Schuldners einstehen soll. Sie kann also Rechte Anderer, dritter Personen zunächst nicht berühren. Daß ein dingliches Recht an der Sache die Wirkungen eines über dieselbe Sache unter dritten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts schmälern

1) Wenn im Konkurse die Auslieferung des Anfechtungsgegenstandes direkt an den Konkursverwalter zu erfolgen hat, so ist dies nur ein Unterschied der Form nach. Der Verwalter hat zwar ein freihändiges Veräußerungsrecht, aber er muß den Erlös ebenso wie die staatliche Exekutionsgewalt zur Befriedigung der Gläubiger verwenden und ist durchaus nicht gehindert, die Herausgabe des Anfechtungsobjekts zu Händen des Gerichtsvollziehers zu verlangen, wenn er für die Veräußerung den Weg des förmlichen Exekutionsverfahrens wählt. Und im Falle des § 117 K.O. ist er dazu geradezu verpflichtet.

2) So Kohler a. a. O. S. 206.

Digitized by Google

kann, ist nichts Außergewöhnliches. Daß aber auch eine bloße Obligation solche Wirkungen sollte äußern können, wäre eine Anomalie ohne jeden Vorgang. Dies hieße das Civilrecht durch das Civilrecht negiren und den Begriff des Eigenthums erblich mit einem Charakter der Revokabilität belasten.

Aber, so könnte man einwenden, der Anspruch gegen den Anfechtungsbeklagten, soweit er auf Ersatz des Werthes der nicht mehr in seinem Besitze befindlichen Anfechtungssache geht, kann nur im Rahmen einer Obligation gedacht sein. Die Nothwendigkeit einer solchen Konstruktion will indessen nicht einleuchten. Die Klage des Eigenthümers gegen denjenigen, qui dolo desiit possidere, geht nur auf den Werth der Sache, und doch liegt ihr unzweifelhaft eine obligatorische Haftung nicht zu Grunde. Für die Exekution interessirt niemals die Sache als Individuum, sondern immer nur der in derselben enthaltene Werth, und hat der Anfechtungsbeklagte die Sache durch oneroses Rechtsgeschäft veräußert, verkauft, so hat er damit eine Operation vorgenommen, die auch in der Exekutionsinstanz vorzunehmen gewesen wäre. Der Werth der Sache ist ihm geblieben. Der Anfechtungsbeklagte hat diesen auch dann noch, wenn er die Sache verschenkt oder sonst freigebig veräußert hat, da er ohne die Sache einen anderen Theil seines Vermögens hätte opfern müssen, um die Schenkung vollziehen zu können.

Die Leistung der Rückgewähr hat keinen privatrechtlichen Charakter. Sie begründet keine Veränderung oder Aufhebung von Privatrechten. Nach den Motiven des Anfechtungsgesetzes erfolgt die Rückgewähr weder zum Vermögen des Schuldners, noch zu dem des Gläubigers. Sie giebt auch dem letzteren nicht irgend welches Recht an der Sache. Wenn der Einzelngläubiger an der zurückgewährten Sache nach dem positiven Rechte ein Pfändungspfandrecht erwirbt, so kann dies nicht

Digitized by Google

als eine Eigenheit des Anfechtungsrechts bezeichnet werden, da der Gläubiger solches Recht auch erwerben würde, wenn die Sache direkt aus dem Besitze des Schuldners gekommen wäre. Im Konkurse soll nach den Motiven die Rückgewähr allerdings zum Vermögen des Gemeinschuldners erfolgen. Dies soll indessen nichts weiter heißen, als daß der Anfechtungsgegenstand mit der Zweckbestimmung des § 2 K.O. belastet wird, eine Belastung, die schon das übrige Vermögen des Gemeinschuldners erfahren hat. Ohne solche Annahme würde eine Verwerthung der zurückgegebenen Sache, also der Zweck des Anfechtungsrechts nicht erreicht werden können [1]). Nicht schon durch die Rückgabe der Sache, erst durch die Veräußerung derselben wird der dritte Erwerber seines Eigenthumsrechts verlustig und ebensowenig erwirbt mit der Rückgabe der Gemeinschuldner ein neues Eigenthum. Die Leistung der Rückgewähr schafft nur thatsächliche Veränderung; sie ist Gewähr der Zwangsvollstreckung, der Verwerthung der Sache [2]). Der Gläubiger hat überhaupt kein unbedingtes Recht auf Rückgabe der Sache selbst. Er muß sich damit zufrieden gestellt finden, daß der dritte Erwerber ihn baar befriedigt. Durch diese Leistung erfüllt er, wie wiederum die Motive sagen, seine Pflicht zur Rückgewähr. Der Erwerber andererseits kann zu einer Baarleistung nicht direkt gezwungen werden. Er kann die Sache zurückgeben. So kommt denn das Verhältniß dahin zu liegen, daß Recht und Pflicht in der Anfechtungsobligation sich nicht vollständig decken. Cosack [3]) will hier ein Wahlrecht des Anfechtungsschuldners statuiren.

1) Die Motive hätten sich indifferenter ebenso wohl dahin fassen können, daß die Rückgabe der Sache an die Konkursmasse zu erfolgen habe. So das österreichische Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 § 23.

2) Hartmann a. a. O. S. 157.

3) a. a. O. S. 265.

Digitized by Google

Dies würde darauf hinauslaufen, entweder überhaupt jeder Anfechtungsobligation den Charakter einer alternativen zu geben, oder doch zu sagen, die Anfechtungsobligation sei eine Obligation, bei der die Leistung der Schuldsumme zwar nicht in obligatione, aber doch in solutione sei [1]). Indessen, was die erstere Alternative anlangt, so bleibt die Zahlung der ursprünglichen Schuldsumme lediglich persönliche Verpflichtung des Schuldners, und nur darauf, daß die Person obligirt ist, kann es ankommen. Der Anfechtungsgegner zahlt die persönliche Schuld des ursprünglichen Schuldners. Und der Anfechtungsschuldner verliert auch das Wahlrecht zu Gunsten des Anfechtungsgläubigers nicht gegenüber der Exekution [2]). Vielmehr gilt dasselbe erst recht in der Exekutionsinstanz und bis zur durchgeführten Exekution. Was die zweite Alternative anlangt, so ist eine derartige Konstruktion des Rechtsverhältnisses jedenfalls dann nicht möglich, wenn wegen einer Geldforderung des Anfechtungsklägers die Zahlung einer gleich hohen Geldsumme von dem Anfechtungsbeklagten gefordert wird. Hier liegt kein aliud der Leistung vor.

Das analoge Verhältniß zwischen Pfandgläubiger und drittem Pfandbesitzer kann zur Erläuterung der Sache nicht herangezogen werden, da es einen obligationenrechtlichen Nexus überhaupt nicht beweisen könnte. Hier ist das Eigenthum des Pfandbesitzers von vorn herein mit dem Pfandrechte des Gläubigers belastet, ein Abzug von dem vollen Eigenthume. Will der Pfandbesitzer diesen Abzug wieder wett machen, so ist er dazu kraft seines Eigenthums berechtigt. Das letztere hat die Tendenz nach absoluter Herrschaft über die Sache. Der Pfandbesitzer kann daher als Eigenthümer zur Ablösung

1) Vgl. Windscheid Pandekten, II § 255.

2) Vgl. Windscheid a. a. O. Dernburg Preuß. Privatr., Bd. 2 § 29.

Digitized by Google

des Pfandrechts zwingen, nicht aber umgekehrt der Pfandgläubiger zur Herausgabe und Verwerthung der Sachen. Es ist ein Streit um die Herrschaft über die Sache selbst, der hier ausgefochten wird.

Eine Leistung seitens des Anfechtungsgegners ist übrigens gar nicht erkennbar, nicht bloß dann, wenn die Vermögensverringerung, gegen die die Anfechtung gerichtet ist, noch in den Grenzen obligatorischer Beziehungen zu dem Anfechtungsbeklagten geblieben ist, sondern auch dann, wenn schon durch den Abschluß des angefochtenen Geschäfts die Vermögensentziehung perfekt geworden ist. So, wenn der Schuldner eine Schuld konstituirt hat. Hat der Schuldner eine Schuld erlassen, so ist die in Folge der durchgeführten Anfechtung wieder auflebende Leistungspflicht wenigstens keine neue. Statt des Schuldners tritt nur der Anfechtungskläger als der zum Empfange der Leistung Berechtigte ein, und die Sache liegt also ähnlich, wie bei der Zwangsvollstreckung in Forderungsrechte, rücksichtlich welcher die Theorie bisher noch nicht Anlauf genommen hat, eine formell neue Obligation zwischen dem Exekutionssucher und dem Drittschuldner zu konstruiren. Will man unter Umständen die Leistung des Anfechtungsschuldners darin finden, daß dieser etwas zu unterlassen, zu dulden habe, so ist dies nichts anderes als die Duldung des Exekutionszwanges. Der Anfechtungsschuldner, der diesem Zwange widerstrebt, ist dem allgemeinen Strafgesetze verfallen.

IX.

Auch andere obligationenrechtliche Grundsätze wollen auf die sog. Anfechtungsobligation nicht recht passen. So kann namentlich der Anfechtungsgegner, von der Zeit nach der Klagezustellung abgesehen, nicht in Verzug gerathen, wenigstens nicht mit der Wirkung, daß eine Zögerung seinerseits seine

Digitized by Google

Pflicht zur Leiſtung des Anfechtungsobjekts erweitern könnte. Immer nur bleibt er auf Leiſtung der Sache ſelbſt, reſp. ihres Werthes, nicht aber auch auf Leiſtung eines anderweitigen Schadens des Gläubigers verpflichtet. Es handelte ſich alſo um eine Verpflichtung, bei der der Gläubiger ein wirkſames Recht zu Interpellation und Mahnung nicht hätte und die daher bezüglich der Zeit der Erfüllung völlig ungebunden bliebe. Wenn der Anfechtungsſchuldner, abgeſehen von den Fällen des § 30 Abſ. 2 K.O. reſp. § 7 Abſ. 2 des Anfechtungsgeſetzes, was die Früchte der Sache anlangt, nach der herrſchenden Meinung von vorn herein nicht nur für die fructus consumpti und percepti, ſondern auch für die percipiendi zu haften hat[1]), ſo haftet er in dieſer Beziehung von vorn herein für das volle Intereſſe des Gläubigers, und eine nachfolgende mora ſeinerſeits vermag den Umfang einer ſolchen Verpflichtung nicht noch mehr zu erweitern. Wer die Delikstheorie nicht gelten laſſen kann, muß daher zu der Annahme kommen, daß die mora des Anfechtungsſchuldners gleichzeitig mit der Entſtehung der Anfechtungsobligation gegeben iſt, wie denn auch Hartmann (S. 168) meint, der Anfechtungsgegner befinde ſich bereits durch den Erwerb des Anfechtungsobjekts dem (unbekannten!) Anfechtungsgegner gegenüber im Verzuge, inſofern als dieſer Erwerb die Befriedigung des letzteren verzögere. Indeſſen dieſe Verzögerung in der Befriedigung tritt doch nur erſt dann ein, wenn der Anfechtungsgläubiger ein rechtskräftiges Urtheil gegen den urſprünglichen Schuldner in Händen hat und außerdem feſtſteht, daß der letztere leiſtungsunfähig iſt. Die Anfechtungsklage iſt, wenigſtens außerhalb des Konkurſes, ſubſidiärer Natur.

1) Selbſt Coſack giebt wenigſtens eine Haftung für die fr. neglecti zu. S. 291.

Was aber wohl den Anfechtungsbeklagten stärker beschweren kann, ist eine mora des ursprünglichen Schuldners, insofern er die Folgen dieser mit einer größeren Entwerthung des Anfechtungsobjekts zu büßen hat. Will man privatrechtliche Konstruktion, so ließe sich nur sagen, daß in dem obligatorischen Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner der Anfechtungsbeklagte gewissermaßen die Stellung eines aktiven solutionis causa adjectus einnähme. In dem Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner liegt die lebendige treibende Kraft für die Gestaltung der Sache.

Auch mit der Haftung für die Gefahr hat es in der Anfechtungsobligation seine besondere Bewandtniß. Nach der Lehre des Pandektenrechts [1]) erlischt mit der nachträglich eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung das Forderungsrecht, falls ein Zufall dies herbeigeführt hat. Gilt dieser Grundsatz auch in der Anfechtungsobligation? Der Anfechtungsbeklagte, bei dem eine anfechtbar erworbene Sache durch Zufall zu Grunde geht, wird dennoch unter Umständen dafür aufkommen müssen. Nach den Motiven und der herrschenden Meinung [2]) soll dies geschehen, wenn der Anfechtungsbeklagte bösgläubiger Besitzer oder wenigstens als solcher zu behandeln ist. Abgesehen davon, daß diese Begründung zu weit greift, z. B. in dem Falle, daß der ursprüngliche Schuldner selbst die Sache beim Anfechtungsbeklagten vernichtet hat, verkennt dieselbe auch vollständig den behaupteten obligatorischen Charakter der Anfechtung, indem sie Grundsätze aus dem Besitz- und Eigenthumsrechte auf dieselbe anwenden will [3]). An sich kann der zufällige Untergang der Sache den Anfechtungsschuldner nicht befreien, sondern vielmehr nur dann, wenn der Zufall bei

1) Windscheid Bd. 2 § 264.
2) Vgl. die Citate bei Hartmann S. 164.
3) Eccius Preuß. Privatrecht, Bd. 1 S. 614 Note 57.

Digitized by Google

ihm auch Zufall bei dem ursprünglichen Schuldner gewesen wäre. Auch ohne die anfechtbare Handlung würde der Gläubiger in einem solchen Falle nicht zu seiner Befriedigung aus dem Anfechtungsobjekte gelangt sein. Der Anfechtungsgegner kann sich daher nur durch den Nachweis schützen, daß die Sache auch bei dem Schuldner selbst untergegangen wäre [1]). Und diesen Schutz müßte der Anfechtungsbeklagte selbst in dem Falle haben, daß nicht Zufall, sondern eigene Schuld den Untergang der Sache veranlaßt hätte, wenn diese sonst beim Schuldner zweifellos zufällig zu Grunde gegangen wäre. Ein Rechtsverhältniß, das in solchem Falle Zufall und Verschulden des Leistungspflichtigen nicht differenziirt, kann doch nicht obligatorischer Natur sein. Es ist m. E. überhaupt überflüssige Theorie, zu sagen, der Anfechtungsschuldner werde durch Zufall frei, wenn das alte Schuldverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner beim Mangel von Befriedigungs-

1) So Wilmowski S. 163. Jäckel Anfechtung von Rechtshandlungen S. 152. — Dagegen bleibt wiederum dem Anfechtungskläger event. die Replik frei, daß der Schuldner Vorsorge gegen den Untergang der Sache getroffen, resp. getroffen haben würde. Umgekehrt ist es wohl unzweifelhaft, daß der Anfechtungsschuldner die Herausgabe der Sache nicht unter dem Einwande verweigern kann, daß dieselbe, falls sie beim Schuldner geblieben wäre, untergegangen wäre. Gegentheiliger Ansicht ist Cosack S. 260. Daß der Anfechtungsgegner von Leistung des Ersatzes befreit bleiben muß, wenn der Anfechtungsgegenstand bei ihm durch Zufall untergegangen ist und auch beim Schuldner durch Zufall untergegangen wäre, begreift sich. Daß aber in dem entgegengesetzten Falle der Anfechtungsgegner den Anfechtungsgegenstand selbst geradezu lukriren soll, ist nur verständlich bei der Annahme, daß der Anfechtungsanspruch eine Obligation geltend macht, die erloschen ist, weil der Gegenstand der obligatorischen Leistung für den Anfechtungskläger untergegangen ist. Der Anfechtungsschuldner hat die Sache noch in Natur. Er muß sie dem Grundsatze des § 30 K.O. und § 7 des Anfechtungsgesetzes gemäß herausgeben, weil sie als noch dem Schuldner gehörig angesehen wird und durch ihre Verwerthung eine Schuld des Schuldners getilgt werden soll.

Digitized by Google

mitteln noch intakt bleibt und dieses den Anfechtungsschuldner an sich nicht berührt. Wo nichts ist, hat selbst der Kaiser sein Recht verloren. Dieses Sprichwort, das bezüglich des ursprünglichen Schuldners unbedingt gilt, gilt auch bezüglich des Anfechtungsbeklagten, soweit es sich um Anfechtungsgegenstände handelt. Welchen anderen Sinn hätte aber dieses Sprichwort, wenn nicht den, daß Zwangsvollstreckung da nicht vollzogen werden kann, wo Pfandobjekte nicht vorhanden sind, mögen sie auch vorher vorhanden gewesen sein? Und auch das Verhältniß des Anfechtungsklägers zum Anfechtungsschuldner steht unter dem Zeichen der Exekution, wenn es nicht zu bezweifeln ist, daß der letztere wenigstens für die durch Zufall untergegangenen Anfechtungsobjekte nicht unbedingt zu haften hat.

Cosack (S. 295) bürdet dem bösgläubigen Anfechtungsgegner die Kosten der Rückerstattung auf, weil dieselben ein unvermeidlicher Zufall in seiner Person seien. Zunächst scheint mir das Prinzip dieser Entscheidung nicht richtig zu sein, und Cosack selbst giebt zu, daß dasselbe eigentlich gegen die streng restitutorische Natur der Anfechtungsobligation laufe. Ist die Leistung des Anfechtungsgegners unbedingte rechtliche Nothwendigkeit, so können erschwerende Umstände der Leistung nicht den Charakter eines Zufalls haben. Die Ueberwindung solcher Umstände seitens des Anfechtungsgegners gehört mit zum Inhalte der Leistung. Wenn aber Cosack, wenigstens für die Anfechtung außerhalb des Konkurses, zugiebt, daß der Anfechtungsgegner mit der Zulassung der Zwangsvollstreckung seine Verbindlichkeit erfüllt habe, wenn weiter die Exekutionsgewalt überall im Staate gegenwärtig ist, wenn sie sich ihrer Natur nach die Pfandstücke beim Exequendus holt und auf das Bringen derselben nicht warten kann, wenn sie, wie sie dem Anfechtungsschuldner gegenüber verfährt, auch dem ur-

Digitized by Google

sprünglichen Schuldner gegenüber verfahren sein würde, so folgt daraus, daß, abgesehen von der Zeit nach der Klagezustellung, der erstere niemals für die Kosten der Rückerstattung persönlich haftbar gemacht werden kann. Und weiter ergiebt sich daraus auch, daß es sich in der Anfechtungsobligation um eine Leistung handelt, die allerwärts zu erfüllen, für die es entgegen der Regel des Obligationenrechts einen bestimmten Ort der Erfüllung gar nicht giebt. Cosack (S. 267) meint zwar, Erfüllungsort der Anfechtungsobligation sei der Ort, wo die anfechtbar erworbene Sache sich vor der Veräußerung befunden habe. Wenn er aber daneben dem Anfechtungskläger das Recht geben will, das Anfechtungsobjekt überall da, wo es sich gerade befindet, durch Exekution fassen zu können, so hätte dies denn doch immerhin die Bedeutung, daß es wenigstens für den Anfechtungskläger einen bestimmten Erfüllungsort nicht zu geben braucht, daß dieser allerwärts Erfüllung beanspruchen kann. Daß aber die Anfechtungsobligation innerhalb des Konkurses einen anderen Inhalt hätte, daß hier der Anfechtungsschuldner bringen müßte, ist schon deshalb unannehmbar, weil auch der Konkursverwalter die Vermögensstücke des Gemeinschuldners von diesem exekutivisch holen und im Wege des gewöhnlichen Exekutionsverfahrens versilbern lassen kann, eine besondere Pflicht des letzteren zur Herausgabe und Ablieferung im Konkurse deshalb von keiner Bedeutung mehr sein würde.

X.

Es ist unzweifelhaft, daß der Erfolg der Anfechtungsklage in der Regel nicht dadurch bedingt ist, daß der Anfechtungsbeklagte sich zur Zeit der Klageanstellung noch im Besitze des Anfechtungsgegenstandes befindet. Er muß den Werth ersetzen. Wenn nun dieser Werth ein schwankender ist, so

Digitized by Google

entsteht die weitere, praktisch wichtige Frage, welchen Werth der Anfechtungsbeklagte zu ersetzen habe, den Werth zur Zeit des Erwerbs der Sache oder den zu einer späteren Zeit, etwa den zur Zeit der Klageanstellung? Die Dolustheorie muß nothwendig den Zeitpunkt des Erwerbs als maßgebend ansehen. Der deliktische Charakter der Erwerbshandlung verpflichtet zur sofortigen Herausgabe der Sache, und auch eine erst hinterher eingetretene Werthssteigerung würde dem Anfechtungskläger selbst dann zu Gute kommen müssen, wenn sie bis zur Klageanstellung selbst durch Zufall wieder verschwunden sein sollte. Bei der gesetzlichen Obligation würde dagegen die Zeit der Erfüllung die Entscheidung zu treffen haben. Lassen wir hier dahingestellt, welcher Zeitpunkt dafür angesprochen werden könnte, so kann doch in der Anfechtungsobligation niemals ein solcher fixirter Zeitpunkt die Frage entscheiden. Wir setzen zunächst den einfachsten Fall, einen Fall, wo von einer Verbesserung oder Verschlechterung der Substanz der Sache nicht gesprochen werden kann, wo weiter die Werthsveränderung lediglich durch den Zufall herbeigeführt wird und wo endlich der Werth der Sache für jeden beliebigen Zeitpunkt ohne Mühe zweifelsfrei zu konstatiren ist, also z. B. die Anfechtung des Verkaufs eines Börsenpapiers. Wäre das Papier noch im Besitze des ursprünglichen Schuldners geblieben, so würde der Gläubiger bei einer Zwangsvollstreckung gegen diesen den Werth, den dasselbe zur Zeit der Zwangsvollstreckung bezw. des Verkaufs gehabt hat, zu seiner Befriedigung haben verwenden können. Ein Gleiches muß aber doch auch dem Anfechtungsschuldner gegenüber gelten, und dann ist nicht ein Zeitpunkt der Erfüllung der Anfechtungsobligation, sondern der zufällige Zeitpunkt ihrer Realisirung für die Werthsbestimmung maßgebend. Der Käufer eines solchen Papiers kann immer nur den Werth desselben zur Zeit der Fälligkeit der

Digitized by Google

Leiſtung, unter Umſtänden auch noch Schadenserſatz fordern, ſei es, daß das Papier inzwiſchen im Kurſe geſtiegen, ſei es, daß es gefallen iſt. Der Anfechtungskläger fordert dagegen den Werth desſelben zur Zeit der Realiſirung ſeines Anſpruchs gegen den Schuldner. Er kann daher auch nur den entſprechenden Minderwerth verlangen, falls das Papier inzwiſchen im Kurſe zurückgegangen iſt. Und zwar ohne jeden Schadensanſpruch. Wie ſchon oben berührt, kann die Anfechtungsobligation nicht wie jede andere Obligation in einen Schadenserſatzanſpruch auslaufen. Es handelt ſich bei der Anfechtungsobligation um eine Sache, die durch die Anfechtung gewiſſermaßen extra commercium geſtellt werden ſoll, während das Obligationenrecht gerade dem Verkehr, dem Austauſche von Leiſtungen zu dienen beſtimmt iſt. Der Anfechtungskläger kann daher auch nicht, wie der Käufer eines Börſenpapiers, geltend machen, daß er bei rechtzeitiger Leiſtung ſeitens des Anfechtungsbeklagten den Vortheil der Kurssteigerung gehabt haben würde. Was er dieſem gegenüber allein geltend machen kann, iſt, daß er bei Nichtexiſtenz der angefochtenen Rechtshandlung den Werth des Papiers zur Zeit der Erhebung des Anfechtungsanſpruchs zu ſeiner Verfügung gehabt haben würde. Das Anfechtungsrecht *iſt* nicht eine Obligation, es *realiſirt* eine ſolche [1]).

Coſack (S. 260) will den Fall der Anfechtung auf Herausgabe eines im Werthe in die Höhe gegangenen Börſenpapiers dahin entſcheiden, daß der Anfechtungskläger nur auf

---

1) In ähnlicher Weiſe begründet ſich der Anſpruch auf die ſog. Prozeßzinſen. Er iſt nicht der Ausfluß einer Obligation. Er entſteht durch die Realiſirung des, ſei es dinglichen, ſei es perſönlichen Anſpruchs und beruht auf der Erwägung, daß der Kläger den Vortheil der Zinſen gehabt haben würde, wenn ſich der Verklagte der Erfüllung des Anſpruchs nicht geweigert hätte.

Digitized by Google

den Minderwerth desselben zur Zeit des Erwerbs durch den Anfechtungsbeklagten Anspruch haben, dieser letztere dagegen die Differenz lukriren solle. Seine Restitutionstheorie läuft hier, und wenn der Fall typisch sein soll, überhaupt auf eine Restitution des Werthes nicht der Sache selbst hinaus, und konsequent müßte der Anfechtungsbeklagte, der das Papier noch in Natur hat, berechtigt sein, die Herausgabe desselben zu verweigern und statt dessen den Werth zur Zeit des Erwerbs zu zahlen.

Schwieriger wird natürlich die praktische Lösung der Sache, wenn der Anfechtungsgegenstand sich inzwischen substanziell verändert hat, wenn nicht bloßer Zufall die Werthsveränderung bewirkt hat, wenn die Feststellung des Werths zur Zeit der Realisirung des Anfechtungsrechts mehr auf das subjektive Ermessen des Richters gestellt ist. Doch können diese Umstände das Prinzip der Sache nicht umstoßen. Der letztere Umstand ist überhaupt nur eine Beweisschwierigkeit. Was den ersteren Umstand anlangt, so kommt in Frage, ob die veränderte Sache sich noch als die alte, aus dem Vermögen des Schuldners gekommene ansprechen läßt, eine Frage, die namentlich, wie bei der Spezifikation, vorwiegend Rechtsfrage sein kann. Handelt es sich um eine durch die Thätigkeit des Anfechtungsschuldners bewirkte Werthsveränderung, so wird, falls eine Werthssteigerung vorliegt, der Anfechtungsbeklagte in den dazu geeigneten Fällen unzweifelhaft das jus tollendi haben. Er giebt durch Ausübung dieses Rechts der Sache nur die alte Gestalt und damit den ursprünglichen Werth wieder. Auch Aufwendungen in den Anfechtungsgegenstand, die inzwischen wieder verloren gegangen sind, wird er nicht erstattet verlangen können. Zweifelhafter liegt die Sache für Aufwendungen, die dem Werthe nach noch zur Zeit der Rückgewähr vorhanden sind, namentlich für nothwendige, zur Erhaltung der Sache gemachte Ausgaben des Anfechtungs-

Digitized by Google

beklagten. Das Gesetz bestimmt, daß der Anfechtungsschuldner außerhalb des Konkurses sich die Gegenleistung nur vom Schuldner holen darf, im Konkurse dieselbe nur als Konkursforderung geltend machen kann, falls sie sich nicht noch in natura oder doch dem Werthe nach in der Masse befindet. Ueber vom Anfechtungsschuldner gemachte Aufwendungen schweigt es. Man will deshalb, was zunächst die Anfechtung außerhalb des Konkurses anlangt, das bürgerliche Recht zur Entscheidung der Frage heranziehen, unter Umständen also einen Erstattungsanspruch gegen den Anfechtungskläger anerkennen [1]). Zunächst aber: liegt darin Konsequenz, den Anfechtungsschuldner mit seiner Forderung auf die ganze Gegenleistung an den Schuldner zu verweisen, die Nebenforderung auf Ersatz von Verwendungen aber gegen den Anfechtungskläger zuzulassen? Und welche ratio sollte für eine solche differente Behandlung geltend gemacht werden können? Sodann: wenn bei einem zweiseitigen Vertrage der Ersatz von Verwendungen einen Theil der Verbindlichkeiten des einen Kontrahenten ausmacht, wenn diese gegenseitigen Verbindlichkeiten im Zweifel nur Zug um Zug zu lösen sind, wenn also z. B. der Verpächter Rückgabe der Pachtsache nur gegen Ersatz der Verwendungen des Pächters verlangen kann, sollte dann nicht die Auffassung gerechtfertigt sein, daß auch solche Verwendungen einen Theil der Gegenleistung des Verpächters ausmachen? Gewährt doch das bürgerliche Recht in dem gedachten Falle dem Pächter ein Retentionsrecht und erkennt es damit doch an, daß derjenige Kontrahent, der solche Aufwendungen gemacht hat, seinerseits die Erfüllung des Vertrags

1) So Wilmowski S. 553, der aber wiederum dem Anfechtungsbeklagten ein Retentionsrecht verweigert, während Cosack S. 295 Note 15, die Zulässigkeit eines solchen Erstattungsanspruchs nach dem positiven, d. i. dem Anfechtungsrechte überhaupt negirt.

verweigern kann, weil der andere nicht vorschriftsmäßig vorgeleistet habe oder zu einer gleichzeitigen Leistung nicht bereit sei! Endlich: das Anfechtungsrecht müßte den Begriff der Gegenleistung anders als das bürgerliche Recht aufgefaßt haben, wenn der Anfechtungsbeklagte seinen Aufwendungsanspruch gegen den Anfechtungskläger sollte geltend machen können. Dafür fehlt jede Spur. Es liegt auch kein Anlaß, ja keine Berechtigung vor, einen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts gegebenen Begriff für das Anfechtungsrecht zu modifiziren.

Man sagt, der Anfechtungskläger dürfe sich mit dem Werthe der Aufwendungen nicht zum Nachtheile des Anfechtungsbeklagten bereichern. M. E. trifft hier Hartmann (S. 170) das Richtige, wenn er ausführt, daß, solange der Anfechtungskläger nicht mehr erhalte, als was er auf Grund seines Vollstreckungstitels zu fordern habe, er nicht bereichert sei, und daß der Umstand, daß ohne die Verwendungen für ihn ein Vermögensnachtheil eingetreten wäre, noch keine Bereicherung für ihn begründe. Mit der Bereicherungstheorie ließe sich ohne Mühe der ökonomische Zweck des Anfechtungsinstituts in vielen Fällen illusorisch machen, wenn man, wie es noch das preußische Anfechtungsgesetz von 1855 that, im Gesetze bestimmt hätte, daß wenigstens der gutgläubige Anfechtungsbeklagte seine Gegenleistung erstattet verlangen könne. Nach dem Reichsgesetze haftet der gutgläubige Erwerber einer unentgeltlichen Leistung nur insoweit, als er durch dieselbe bereichert ist. Darin liegt, daß er seine Verwendungen in den Anfechtungsgegenstand von dem Werthe desselben in Abrechnung bringen kann. Und nicht bloß die impensae necessariae und utiles, sondern wohl auch die voluptariae. Nicht bloß diejenigen Verwendungen, die zur Zeit der Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs noch dem Werthe nach in der Sache

Digitized by Google

vorhanden ſind, ſondern auch die inzwiſchen wieder verloren gegangenen. Die Bereicherungstheorie wird hier nicht für, ſondern gegen den Anfechtungskläger in Wirkung geſetzt. Zweifellos kann der bösgläubige Empfänger einer ſolchen Leiſtung ſeine Verwendungen nicht in Abrechnung bringen, und wenn nach den Motiven das ganze Anfechtungsinſtitut auf der Theorie eines wirklichen oder doch präſumirten Dolus aufgebaut ſein ſoll, ſo muß es doch in dem Willen des Geſetzgebers gelegen haben, einen Anſpruch des Anfechtungsbeklagten auf Erſatz ſeiner Verwendungen dem Anfechtungskläger gegenüber zu verneinen, ſelbſt in der Form einer Konkurrenz dieſes Anſpruchs mit dem des Anfechtungsklägers bei Befriedigung aus dem Anfechtungsobjekte. Die Möglichkeit einer rechtlichen Konſtruktion eines Bereicherungsanſpruchs des Anfechtungsbeklagten bleibt aber dann höchſt fraglich, wenn die Konſequenz aus der Fiktion des Geſetzes gezogen wird, wonach der Anfechtungsgegenſtand als noch im Eigenthum des urſprünglichen Schuldners befindlich angeſehen werden ſoll. Auch die Fiktion hat ihr Recht auf Konſequenz, und der Bereicherte iſt darnach nicht der Gläubiger, ſondern der Schuldner. Schließlich läßt ſich vom wirthſchaftlichen Standpunkte aus die Erwägung doch nicht ganz abweiſen, daß der Schuldner, wenn er ſich durch die angefochtene Rechtshandlung nicht die Möglichkeit freien wirthſchaftlichen Handelns genommen hätte, jedenfalls nothwendige und nützliche Verwendungen präſumtiv gemacht haben würde, daß alſo von ſolchen Verwendungen nicht unbedingt behauptet werden kann, ſie wären nicht erfolgt, wenn die angefochtene Rechtshandlung nicht ſtattgefunden hätte. Zweifellos ſteht jedem Dritten, der nothwendige oder nützliche Verwendungen auf eine Sache gemacht hat, ein Anſpruch gegen den Eigenthümer derſelben, ſei es auf Grund der Geſchäftsführung, ſei es der nützlichen Verwendung zu. Denn die Sache unter-

Digitized by Google

ſtand zur Zeit der Verwendungen der Dispoſition des Eigenthümers. Nicht anders kann die Sache bezüglich des Anfechtungsbeklagten beurtheilt werden. Mit der Fiktion des ſchuldneriſchen Eigenthums kann der Anfechtungskläger den Anfechtungsbeklagten wegen des Erſtattungsanſpruchs an den Schuldner verweiſen. Kann aber nach Durchſetzung des Anfechtungsanſpruchs der Anfechtungsbeklagte Gewährleiſtung vom Schuldner fordern, begreift dieſer Gewährleiſtungsanſpruch die Leiſtung des Intereſſes, das der Anfechtungsbeklagte daran hat, daß die Entwährung nicht geſchehen ſei und fällt ſomit unter dies Intereſſe auch der Erſatz der vom Anfechtungsbeklagten auf die Sache gemachten Verwendungen [1]), ſo hat dieſer Erſtattungsanſpruch des Anfechtungsbeklagten gegen den Schuldner auch noch ſeine beſondere kontraktliche Grundlage. Wer alſo einen Anſpruch gegen den Anfechtungskläger konſtruiren will, korrigirt in dieſer Beziehung das materielle Recht. Denn unmöglich kann das Recht dem Anfechtungsbeklagten einen doppelten Anſpruch ſowohl gegen den Anfechtungskläger als auch gegen den Schuldner zur Auswahl gegeben haben.

Was die Anfechtung im Konkurſe anlangt, ſo kann an ſich der Anfechtungsbeklagte wegen ſeiner Verwendungen auf die Sache ſich auch nur an den Gemeinſchuldner halten, und dies heißt, wie der zweite Satz des § 31 K.O. ſich ausdrückt, daß der Anſpruch nur als Konkursforderung gemacht werden kann. Nun ſind zwar nach dem Obigen ſolche Verwendungen auch ein Theil der dem Anfechtungsbeklagten ſchuldigen Gegenleiſtung. Sie ſind aber, was der erſte Satz des § 31 zu ſeiner Anwendbarkeit vorausſetzt, noch nicht thatſächlich [2])

1) Windſcheid Pandekten § 391 Note 33.

2) So faſſen auch die Motive zu § 31 K.O. den Begriff der „Maſſe“ auf. Nur ſcheint mir die Begründung eines ſolchen Anſpruchs auf Gegenleiſtung ex analogia des § 35 l. c., als des Anſpruchs auf Heraus-

in Natur oder dem Werthe nach in der Masse, können also auch der Masse gegenüber nicht geltend gemacht werden. So ist m. E. zu entscheiden, wenn der Erstattungsanspruch *vor* Eröffnung des Konkurses entstanden ist, und darauf führt auch die Erwägung hin, daß heutzutage ein solcher Erstattungsanspruch nicht bloß eine Exception erzeugt, sondern ein vollgültiger Klaganspruch ist, der, wie alle vor der Konkurseröffnung entstandenen Ansprüche, nur ein Recht auf Theilnahme am Konkurse als Konkursanspruch giebt, soweit nicht (für bewegliche Sachen) im Rahmen des § 41 Nr. 7 K.O. ein pfandrechtsartiger Anspruch anzuerkennen ist. Anders steht es mit den Verwendungen, die *nach* der Konkurseröffnung auf die Sache gemacht sind. Mit diesem Zeitpunkte ist eine Konkursmasse zunächst als die ideale Summe aller Rechte des Gemeinschuldners gegeben, und diese ist es, die event. den Vortheil der Aufwendung genießt. Aber auch hier kann die Entscheidung nicht auf § 31 gestützt werden. Der Anspruch ist Masseforderung auf Grund des § 53 Nr. 3 K.O. Er setzt zu seiner wirksamen Geltendmachung voraus, daß die Aufwendung in den reellen Besitz der Masse gekommen ist oder doch gleichzeitig in denselben gelangen soll. Rechtlose Bereicherung der Masse liegt aber um deshalb vor, weil der Anfechtungsbeklagte einen desfallsigen Anspruch gegen den Gemeinschuldner, der durch die Konkurseröffnung die Dispositionsbefugniß zu Gunsten der Gläubiger verloren hat, nicht erheben kann [1]).

---

gabe einer *fremden* Sache irrthümlich zu sein. Ueber den schwankenden Begriff „Konkursmasse" vgl. im Uebrigen *Oetker* Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 10.

1) *Wilmowski* S. 243 Note 5 c. — Im Uebrigen erkennt derselbe für die Konkursanfechtung im Gegensatze zu der Einzelanfechtung den oben festgestellten Begriff der Gegenleistung als richtig an, wenn er (S. 167)

Digitized by Google

Was insbesondere die Werthsverschlechterung der Sache anlangt, so muß der Anfechtungsbeklagte, wie für den totalen Untergang, so auch für die Verschlechterung insoweit einstehen, als die letztere nicht eine rein zufällige ist und nicht auch beim Schuldner eingetreten wäre. Der Satz, daß der Anfechtungsbeklagte für dolus und culpa hafte, zieht daher dieser Haftung eine zu enge Grenze und stellt sie überhaupt in ein schiefes Licht. Der Anfechtungsbeklagte haftet nicht an sich wegen dolus und culpa, sondern weil dolus und culpa nicht einen Zufall beim Schuldner darstellen, und es wird wohl auch behauptet und ohne Bedenken der Entscheidung zu Grunde gelegt werden können, daß solche Verschlechterung nicht eingetreten wäre, wenn die angefochtene Rechtshandlung nicht stattgehabt hätte. Sie steht also zu der letzteren im Kausalitätsverhältniß. Dies scheint mir so einfach zu sein, daß es Cosack's (S. 259) überaus künstlicher Konstruktion, des Aufpfropfens einer zweiten, der Schadensobligation, auf die Anfechtungsobligation nicht bedarf. Wie soll sich auch civilistisch gedacht die Entstehung einer zweiten formal selbständigen Obligation aus einer ersten erklären lassen? Nach Civilrecht ist nur eine Erweiterung der Ursprungsobligation möglich. Daß aber Cosack's Schadensobligation auch formell einen ganz selbständigen Charakter hat, beweist der Umstand, daß diese Obligation nun nicht mehr dem reichsrechtlichen Anfechtungsrechte, sondern dem partikulären Landesrechte unterstehen, nach diesem gemessen werden soll. Sie unterliegt also z. B. dem besonderen Verjährungsrechte des Partikularrechts. Und obwohl die Anfechtungsobligation event. immer nur auf Werthersatz gehen kann, soll diese Schadensobligation den Anfech-

meint, daß die Konkursmasse noch vorhandene Verbesserungen dem Anfechtungsbeklagten zu erstatten habe und dies auf die Bestimmung des § 31 K.O. stützt.

Digitized by Google

tungsbeklagten unter Umständen auch zur Wiederherstellung des früheren Zustandes verpflichten, falls das Partikularrecht eine solche Verpflichtung statuirt. Daß der Eigenthümer einer beschädigten Sache unter Umständen Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern kann, ist rechtliche Folge aus dem Eigenthum. Daß aber auch der Anfechtungskläger, der auf die Sache oder deren Werth nur einen obligationsrechtlichen Anspruch hätte, zu solcher Forderung berechtigt sein sollte, dafür findet sich im bürgerlichen Rechte keine Analogie, und der Käufer einer Sache, dem dieselbe vor der Uebergabe durch den Verkäufer beschädigt ist, hat, wenn ihm nicht ein Recht, vom Vertrage zurückzutreten, gegeben ist, immer nur in der Form der Leistung des Interesses ein Recht auf Schadensersatz. Die Obligation auf Restitution des früheren Zustandes im Anfechtungsrechte ist civilistisch nicht konstruirbar. Welches Interesse hätte überhaupt der Anfechtungskläger an der Wiederherstellung des früheren Zustandes der Sache, die für ihn nicht als Individuum, sondern nur als Träger eines bestimmten Werthes in Betracht kommen kann? Sein Interesse ist gewahrt, wenn der Anfechtungsbeklagte neben der Sache die Werthsdifferenz herausgiebt. Und läßt sich denn gerade in den von Cosack[1]) hier angezogenen Fällen, in denen der Anfechtungsgegenstand, das Grundstück, vom Anfechtungsbeklagten mit einer Hypothek belastet worden, überhaupt von einem kulposen Handeln sprechen, wenn die Hypothek wieder in den Nutzen des Anfechtungsbeklagten, in das Grundstück verwendet worden ist? Kann dies nicht vollständig wirthschaftlich gehandelt sein?

XI.

Auch das, was der Anfechtungsbeklagte an Früchten und Zinsen herauszugeben hat, bestimmt sich nach dem Zeitpunkte,

1) S. 259 Note 22.

Digitized by Google

wo die Realisirung der Anfechtungsobligation gefordert wird. Nach der schon oben erwähnten herrschenden Meinung soll der Anfechtungsbeklagte für diese in einem erheblich größeren Umfange, über den allerdings keine vollständige Einigkeit herrscht, zu haften haben. Unbedenklich ist dies für die fructus exstantes, d. h. solche, die zur Zeit der Geltendmachung des Anfechtungsrechts noch bei der Sache vorhanden sind. Sie sind ein Theil der Sache, die Individualität derselben. Ohne sie würde die Sache nicht ganz herausgegeben sein. Umgekehrt will Eccius[1]) alle die Früchte herausgegeben wissen, die sich zur Zeit des Erwerbs der Sache in und bei derselben befanden, weil dieselben mit der Sache weggegeben seien. Allein der Anfechtungskläger erhält doch in den Früchten, die sich zur Zeit der Anfechtung bei der Sache befinden, ein ausreichendes Aequivalent. Er hätte dann doppelte Frucht und es wäre dann nicht einzusehen, warum der Anfechtungsbeklagte nicht auch die in der Zwischenzeit etwa weiter noch gezogenen Früchte herauszugeben hätte. Weggegeben ist nur die Sache selbst, zu haften hätte aber der Anfechtungsbeklagte auch für den ganzen Fruchtgenuß. Alle Früchte, die percepti und percipiendi, würden herauszugeben sein vom Standpunkte der Deliktstheorie, wenn auch nur, weil die Deliktsobligation überhaupt auf Schadensersatz geht. Indessen auch der gutgläubige Erbe des bösgläubigen Erwerbers muß die Anfechtung in demselben Maße gegen sich gelten lassen, in dem sie dem letzteren gegenüber geltend gemacht werden kann. Die Subjektivität des Anfechtungsbeklagten entscheidet also hier nichts. Ebenso kommt es im Falle des § 25 K.O. zur Begründung des Anfechtungsanspruchs an sich auf eine Gut- oder Bösgläubigkeit des Empfängers nicht an. Andererseits ist man geneigt, in dieser

1) Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 114 S. 780 Note 47 c.

Digitized by Google

Frage Anlehnung an das bürgerliche Recht zu ſuchen und auf die Beſtimmungen über die Reſtitution der omnis causa bei dinglichen Rechten zu rekurriren, dieſe analog anzuwenden. Das bürgerliche Recht hat aber nur zu entſcheiden, was und wann etwas als veräußert, weggegeben, aufgegeben anzuſehen iſt, als die Vorausſetzung des ganzen Anfechtungsrechts. Seine Beſtimmungen über die Reſtitution der omnis causa ſind auf das Rechtsverhältniß der Anfechtung nicht anwendbar [1]). Es würde damit eine Dinglichkeit des Rechtsverhältniſſes gegeben ſein, die doch ausgeſchloſſen bleiben ſoll. Ueberdies würde es einen Fall der Redlichkeit des Empfängers mit einer beſchränkteren Reſtitutionspflicht der omnis causa gar nicht geben. Der Empfänger einer entgeltlichen Leiſtung, der ſeine bona fides nachweiſt, haftet für Nichts, auch nicht für die Sache ſelbſt, der redliche Empfänger einer unentgeltlichen Leiſtung nur für das, in quantum locupletior est. Haftet, ſoweit ſeine eigne Beſitzzeit in Frage kommt, der redliche Erbe eines unredlichen Erblaſſers nur nach den Grundſätzen der bona fides, ſo kommt es im Anfechtungsrechte, wie erwähnt, auf die Gutgläubigkeit des Erben bei Bösgläubigkeit des Erblaſſers nicht weiter an, wie es denn auch ohne Analogie auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts bleibt, daß gegen den bösgläubigen Erben eines gutgläubigen Erwerbers eine Anfechtung nicht durchgeſetzt werden kann.

M. E. deutet Wilmowski (S. 163) den richtigen Geſichtspunkt an, wenn er meint, der Anfechtungsbeklagte brauche dasjenige nicht zu erſtatten, was nicht durch die Rechtshandlung dem Vermögen des Schuldners entfremdet iſt. Er exemplifizirt aber dabei nur auf den Einen Fall des zufälligen Unterganges der Sache. In Anwendung auf die

1) Raſſow bei Raſſow und Küntzel Beiträge, Bd. 27 S. 166 f.

Frage der Haftung für die Früchte der Sache würde der Satz dahin zu lauten haben, daß der Anfechtungsgegner für alle die Früchte nicht zu haften habe, die der Anfechtungskläger ohne die Rechtshandlung in und mit der Sache nicht haben würde. Wäre der Schuldner im Besitze der Sache geblieben, so würde dieser zweifellos die reifen Früchte seiner Zeit separirt haben. Er hätte sie vielleicht auch konsumirt, veräußert. Zu solchem wirthschaftlichen Handeln wäre er völlig berechtigt gewesen und der Gläubiger würde mit der Beschlagnahme der fruchttragenden Sache bei diesem nicht ohne Weiteres ein Recht auf solche Früchte erlangt haben. Er hätte sie vielmehr als eine besondere Sache noch besonders beschlagnahmen müssen. Soweit sie vom Schuldner konsumirt wären, wäre ein Gegenstand für die Beschlagnahme überhaupt nicht mehr vorhanden. Soweit sie veräußert, könnte die Beschlagnahme nur auf das etwa noch unterscheidbar vorhandene Aequivalent als ein neues Vermögensstück des Schuldners gehen. Hieraus ergiebt sich, daß der Fruchtbegriff für die Zwangsvollstreckung ohne Bedeutung ist. Ebenso aber auch deshalb für die Anfechtung. Wenn der Anfechtungsbeklagte die reifen Früchte separirt, so thut er nur das, was der Schuldner selbst event. gethan haben würde, und die Separation der Früchte durch ihn kann nicht als in kausalem Zusammenhange mit der angefochtenen Rechtshandlung stehend angesehen werden. Der Anfechtungsbeklagte kann daher auch unmöglich schlechter gestellt sein, als der Schuldner selbst. Sind die Früchte veräußert, so hat er für dieselben einzustehen, falls sie *zur Zeit der Anstellung der Anfechtungsklage* noch in einem unterscheidbaren Aequivalent vorhanden sind. Ebenso, wenn zu diesem Zeitpunkte die von der Hauptsache bereits getrennten Früchte noch in Natur vorhanden sind. Sie haften hier nicht, weil sie Früchte sind, sondern als früherer Theil der Haupt-

Digitized by Google

sache. In beiden Fällen folgt aber die Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte resp. des Aequivalents nicht schon aus der festgestellten Pflicht zur Herausgabe der Hauptsache. Die Herausgabe muß vielmehr mit der Anfechtungsklage besonders petirt werden. Hat der Anfechtungsbeklagte zur Zeit der Klageerhebung die Früchte bereits verzehrt, so haftet er dagegen für nichts. Nicht blos der Zufall macht den Anfechtungsbeklagten, wie die Theorie sagt, frei, sondern auch der Gegensatz, die Nothwendigkeit wirthschaftlichen Handelns. Sie ist Voraussetzung einer gesunden Kreditwirthschaft, der ja auch das Anfechtungsrecht dienen soll.

Wilmowski (a. a. O.) stellt bezüglich der Früchte die positive Formel auf, der Verpflichtete müsse diejenigen Nutzungen der Zuwendung erstatten, die der Schuldner ohne diese Entziehung voraussichtlich gehabt haben würde. Indessen nicht darauf, daß der Schuldner sie gehabt haben würde, kann es ankommen, wenn sie nicht auch der Anfechtungsbeklagte gehabt haben würde. Was von der Sache in toto gilt, muß auch von den einzelnen Theilen derselben gelten. Will man eine Analogie aus dem bürgerlichen Rechte, so darf nicht, wie dies gewöhnlich geschieht, das Verhältniß des nicht besitzenden Eigenthümers zum besitzenden Nichteigenthümer herangezogen werden. Viel berechtigter ist es, das Verhältniß des Pfandgläubigers zum Pfandschuldner zum Vergleich zu stellen, weil nach der Fiktion des Anfechtungsrechts der Anfechtungsbeklagte loco des Schuldners steht und der Anfechtungsgegenstand als noch im Eigenthume des Schuldners befindlich angesehen wird. Und da steht denn die Sache ganz ähnlich wie im Anfechtungsrecht. Die nicht abgesonderten Früchte, an denen ein besonderes Pfandrecht nicht möglich ist, haften (sofern sie dem Pfandschuldner zukommen) lediglich als Theil der Pfandsache. Sind die Früchte zur Zeit der An-

Digitized by Google

ſtellung der Pfandklage zwar abgeſondert, aber noch exiſtent, ſo unterliegen ſie dem durch die Trennung entſtandenen beſonderen Pfandrechte. Sind ſie bis dahin verzehrt, veräußert, ſo iſt der Pfandſchuldner von einer Haftung für dieſelben frei. Wenn im Anfechtungsrechte abweichend der Anfechtungsbeklagte auch für die zwar nicht in Natur, aber doch in einem unterſcheidbaren Aequivalent vorhandenen Früchte haftbar gemacht werden kann, ſo muß der Grund dafür in der Erwägung geſucht werden, daß das Pfandrecht es mit einem wirklichen Rechte auf die Sache ſelbſt zu thun hat, das Anfechtungsrecht dagegen den der Sache inne wohnenden Werth ergreift und daß das erſtere den Kredit nur ſicher ſtellen, das letztere ihn realiſiren ſoll. Gegenüber der Flüchtigkeit der Sache iſt der Werth derſelben das bleibende Moment.

Und nun noch Eins gegen die Obligationstheorie: Das Anfechtungsrecht kann auch andere Perſonen, als den erſten Erwerber des Anfechtungsobjekts in Mitleidenſchaft ziehen. Vermittelt wird dies durch den weiteren Erwerb der Sache. Das Geſetz beſtimmt, daß der Erbe und jeder andere Rechtsnachfolger des erſten Erwerbers der Anfechtung haftbar gemacht werden kann, und ähnlich wie der Lauf eines Wechſels kann die Weiterbegebung des Anfechtungsobjekts eine ganze Reihe von Anfechtungsbefugniſſen ſchaffen, die, gegenſeitig unabhängig, zu einander in dem Verhältniſſe einer gewiſſen Solidarität ſtehen, indem ſie aktiv alle in der Hand des Anfechtungsberechtigten zuſammen laufen. Indeſſen nur durch den Beſitz der Sache kann die Anfechtung eine Wirkung gegen dritte Perſonen erzielen. Wäre das Anfechtungsrecht eine wirkliche Obligation, ſo müßte noch in anderer Weiſe eine Haftung Dritter herbeigeführt werden können. Wenn der erſte Erwerber das Anfechtungsobjekt nicht mehr beſitzt, deshalb zum Werthserſatz verurtheilt iſt, in dieſer Beziehung aber für unpfändbar be-

Digitized by Google

funden ist, wenn weiter der Anspruch des Anfechtungsklägers auf diesen Werthsersatz als ein wirklich obligatorischer, von dem Anspruche gegen den Schuldner ganz unabhängiger anzusehen ist, müßte da nicht der Anfechtungskläger berechtigt sein, wegen dieses obligatorischen nicht exequirbaren Anspruchs nun weiter Rechtsgeschäfte des dritten Erwerbers anfechten zu können? Nun ist aber das Anfechtungsrecht nur gegeben zur Befriedigung des Anspruchs des Anfechtungsberechtigten gegen den ursprünglichen Schuldner, und die Anfechtung will daher primo loco immer nur die Sache fassen, die sich im Besitze des Schuldners befunden, und die der Zwangsvollstreckung gegen diesen unterlegen haben würde, wäre sie nicht aus dessen Besitze herausgegangen. Es ist die Jagd nach der Sache, wie sie zuweilen in anderer Form auch der Gerichtsvollzieher anstellen muß. Die angebliche Obligation zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Erwerber resp. Dritterwerber bleibt darnach unbefriedigt. Sie kann nicht existent sein. Und wenn das Anfechtungsrecht denjenigen rechtlichen Zustand thatsächlich stört und zerstört, der durch die Formen des bürgerlichen Rechts geschaffen ist, so können es nicht eben dieselben Formen sein, mittelst deren diese Veränderung, die auch kraft gesetzlicher Ordnung sich vollzieht, unternommen und durchgeführt werden kann.

XII.

Aber nicht bloß die innere Konstruktion des Anfechtungsrechts ist bei der Frage nach der Natur desselben in Betracht zu ziehen, sondern auch die Einredebefugnisse des Anfechtungsbeklagten. Denn der Kreis der gegen die Anfechtungsklage zulässigen Einreden bezeichnet die Grenze der praktischen Wirksamkeit des Anfechtungsrechts und auch aus dieser Grenzbestimmung ist ein Schluß auf die Natur des Rechts zu ziehen.

Digitized by Google

Ueber dieſe Grenzbeſtimmung herrſcht nun allerdings viel Unſicherheit und Streit[1]). Stellt der Anfechtungsanſpruch ein beſonderes Rechtsverhältniß obligatoriſcher Art zwiſchen Anfechtungskläger und Anfechtungsbeklagten dar, ſo müſſen dem letzteren auch alle Einreden geſtattet ſein, die gegen eine Klage auf Erfüllung einer Obligation überhaupt möglich ſind. Dies wäre ſein Recht aus der Obligation und er könnte weiter Einreden aus dem Rechte des Schuldners nicht oder doch nur inſoweit geltend machen, als dieſe nur als Verneinungen des Rechts des Anfechtungsklägers aufzufaſſen wären. Indeſſen nach beiden Richtungen hin verlangt die Natur des Anfechtungsrechts erhebliche Modifikationen dieſer Sätze. Von den möglichen Einreden kommen hauptſächlich die Einrede der Zahlung und der Kompenſation in Betracht. Sie ſind für die Behandlung der übrigen geradezu typiſch.

1) Die Einrede der Zahlung. Daß dem Anfechtungsbeklagten, wenn er ſelbſt nach Rechtskraft des den Schuldner verurtheilenden Erkenntniſſes an den Gläubiger gezahlt hat, dieſer Einwand zuſtehen muß, iſt unbeſtritten. Seine Verpflichtung aus dem Anfechtungsanſpruche als einer obligatoriſchen ging zwar nicht auf ein Zahlen, vielmehr auf Herausgabe des Anfechtungsobjekts. Inſofern hat nun eine Löſung eines ſolchen obligationsrechtlichen Verhältniſſes eigentlich nicht ſtattgefunden. Schon dieſer Fall aber weiſt auf den feſten Punkt hin, um den ſich alles dreht, auf das Recht des

1) Das Urtheil des Reichsgerichts in Bd. 7 S. 188 der Entſcheidungen bemerkt zwar, daß ſich die Zuläſſigkeit der Einreden des Anfechtungsbeklagten darnach beſtimme, ob dieſelben dem eigenen Rechte des letzteren entſtammten, und daß Einreden, die dem Rechte des Schuldners entſtammten und von dieſem hätten geltend gemacht werden können, dem Anfechtungsbeklagten nicht zuſtändig ſeien. Allein es gilt eben zu beſtimmen, wie weit denn nun das Recht des Anfechtungsbeklagten und damit ſeine Einredebefugniß reicht.

Digitized by Google

Obligationsgläubigers gegen den Schuldner. Nur dieses Rechtsverhältniß ist wirklich, weil durch die Zahlung gelöst. Daß aber weiter der Anfechtungsbeklagte an Stelle des Schuldners Zahlung an den Gläubiger mit der Wirkung leisten kann, daß der Schuldner befreit wird, hat darin seinen Grund, daß nach heutigem bürgerlichen Rechte in der Regel jeder Dritte solche Zahlung leisten kann, der Gläubiger sie annehmen muß. Wenn sonach dieser Fall der Zahlung schon durch die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zweckentsprechend geregelt erscheint, so ist hier die Theorie von einer Obligation, die die Erscheinung doch nur ungenügend erklären kann, ohne Werth.

Hätte der Schuldner in Kenntniß von der durch den Anfechtungsgegner geleisteten Zahlung seiner Schuld sich trotzdem verurtheilen lassen, so würde zwar er selbst auf Grund dieser Zahlung eine Widerspruchsklage nicht erheben können. Dem Anfechtungsgegner könnte indessen der Einwand der Zahlung nicht verloren gegangen sein. Und zur Begründung dieses Satzes reichen wiederum schon die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts aus und müssen entscheidend sein. Hat der Anfechtungsgegner emendi causa, zwecks Erwerbs der Forderung gezahlt, so ist mit dem Akte der Zahlung die Forderung auf ihn übergegangen. Zum Mindesten hat er einen Anspruch auf Uebertragung derselben gegen den Anfechtungsberechtigten erworben. In dem Prozesse zwischen Gläubiger und Schuldner ist daher über einen Anspruch entschieden, auf den zur Zeit des Urtheils nicht mehr der Gläubiger, sondern der Anfechtungsgegner ein Recht hatte. Das ergangene Urtheil kann in dieser Beziehung den nicht zugezogenen Anfechtungsgegner nicht nur nicht binden, dieser hätte vielmehr das Recht gehabt, selbständig mit einer Hauptinterventionsklage gegen Gläubiger und Schuldner vorzugehen. Wenn aber dies, so muß er auch

Digitized by Google

berechtigt sein, in dem gegen ihn angestrengten Anfechtungsprozesse den Einwand der Zahlung geltend zu machen. Damit negirt er nur die Aktivlegitimation des Anfechtungsklägers und dessen Gläubigerrecht, das letztere für sich in Anspruch nehmend. Nicht anders steht die Sache, wenn der Anfechtungsgegner donandi causa, um dem Schuldner zu schenken, gezahlt hätte. Zwar will er hier nicht einen Anspruch erwerben. Die Schenkung kann aber doch nur dann als vollzogen gelten, wenn der Anfechtungsberechtigte mit der Zahlungsempfangnahme auf seinen Anspruch verzichtet. Er muß daher darauf verzichten und der Anfechtungsbeklagte muß auch hier den Einwand der Zahlung haben, um Aktivlegitimation und Gläubigerrecht bestreiten zu können. Und auch der Fall, daß ein anderweiter Dritter Zahlung an den Gläubiger geleistet hätte, ist nicht anders zu entscheiden. Anspruch auf Forderungserwerb, resp. auf Forderungsverzicht durch den Gläubiger sind mit dem Akte der Zahlung auf den Dritten übergegangen und der Anfechtungsbeklagte muß berechtigt sein, diese Veränderung im Rechte für sich geltend zu machen. Er liefe sonst auch Gefahr, wegen ein und desselben Anfechtungsanspruchs doppelt behelligt zu werden, falls der Dritte emendi causa gezahlt hätte.

Was den Einwand der Zahlung in der Form betrifft, daß der Schuldner selbst gezahlt habe, so könnte solcher Einwand bei der Theorie von einem besonderen Obligationsverhältnisse zwischen Gläubiger und Anfechtungsbeklagten dem letzteren überhaupt nicht zuständig sein, weil, wenn auch der Schuldner für den Anfechtungsbeklagten leisten könnte, er doch nicht den Anfechtungsgegenstand geleistet, sondern vielmehr nur seine eigene Schuld an den Gläubiger berichtigt hätte. Nun ist aber der Einwand dem Anfechtungsbeklagten nur insoweit versagt, als der Schuldner selbst ihn im Prozesse noch hätte

Digitized by Google

geltend machen können. Wenn auch der Anfechtungsbeklagte nicht schon durch die Rechtskraft des gegen den Schuldner ergangenen verurtheilenden Erkenntnisses berührt wird, so doch durch die Vollstreckung des Urtheils in sein Vermögen[1]). In der Hand des Anfechtungsbeklagten negirt also der Einwand nicht sowohl die Rechtskraft als vielmehr bloß die Vollstreckbarkeit des Urtheils. Indessen da dasselbe gegen den Schuldner vollstreckbar ist, so ist es nach den Gesetzen der Anfechtung überhaupt vollstreckbar. Der vom Schuldner im Prozesse nicht geltend gemachte Einwand kann also auch dem Anfechtungsbeklagten nicht mehr zustehen, und es zeigt sich auch hier wiederum das Gläubigerrecht gegen den Schuldner als der feste Punkt der Gestaltung.

Die Litteratur in dieser Frage zeugt von einem wahrhaft beißen Bemühen, die Wahrheit des so gewonnenen Satzes durch gewundene, im Wesentlichen aus der Lehre von der Rechtskraft des Urtheils hergenommene Deduktionen zu beweisen. Wer der Meinung ist, daß die Anfechtungsklage auf Grund des vollstreckbaren Urtheils eine obligationsmäßige Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten urgire, muß natürlich auch an eine Art Rechtskraft des gegen den Schuldner ergangenen Urtheils dem Anfechtungsbeklagten gegenüber glauben. Nur so ließe sich eine obligationsmäßige Haftung des Anfechtungsbeklagten erklären. Cosack (S. 39) behauptet denn auch, daß der vollstreckbare Titel nicht bloß dem Schuldner gegenüber, soweit er dessen Einwendungen präkludire, sondern auch dem Anfechtungsbeklagten gegenüber Recht schaffe. Er meint aber, diese Wirkung gegen den Dritten sei keine durch den Prozeß hervorgerufene, also keine Wirkung der Rechtskraft, sondern schon in dem ursprünglichen Forderungsrechte des

1) S. auch Hartmann S. 68 Note 1.

Digitized by Google

Gläubigers enthalten, da das Geſetz aus jeder, wie auch immer beſchaffenen Forderung, alſo ungeachtet der materiellen Mängel derſelben, an ſich die Anfechtung zulaſſe und der Prozeß eben nur dieſe Mängel beſeitige. Es kann dahin geſtellt bleiben, wie weit dieſe Argumentation auf andere Einwendungen zutrifft. Der Einwand, daß die Forderung bezahlt ſei, kann aber doch nimmermehr bloß als ein materieller Mangel derſelben bezeichnet werden. Und wenn es nach der Ordnung des Prozeſſes allerdings möglich iſt, daß auch für eine mit Mängeln behaftete Forderung das Anfechtungsrecht erwirkt werden kann, ſo iſt dies doch lediglich eine Wirkung des Prozeßverfahrens, nicht eine ſolche, die ſchon dem urſprünglichen Gläubigerrechte immanent iſt. Coſack exemplifizirt mit dem Rechtsverhältniſſe zwiſchen Gläubiger und Bürgen. Hier liegt indeſſen wirklich ein beſonders obligationsrechtliches Verhältniß vor und der Bürge braucht ein gegen den Schuldner ergangenes Judikat nicht unbedingt gegen ſich gelten zu laſſen. Er hat den Einwand der Zahlung auch dann, wenn der Schuldner ihn geltend zu machen verſäumt hat, und ſelbſt der Umſtand, daß der Bürgſchaftsvertrag erſt nach rechtskräftiger Verurtheilung des Schuldners geſchloſſen iſt, thut nichts zur Sache, es ſei denn, daß der Bürge mit Kenntniß dieſes Umſtandes ſich verpflichtet hat[1]). Eine Analogie mit der Bürgſchaft liegt daher inſoweit nicht vor. Coſack meint zwar, daß die Rechtslage des Anfechtungsbeklagten dadurch willkürlich verſchlechtert werden könne, daß der Schuldner hinterher neue Verbindlichkeiten kontrahire und dann auch wegen ſolcher Verbindlichkeiten das Anfechtungsrecht gegeben ſei. Indeſſen die Zuläſſigkeit der Anfechtungs*klage* an ſich in dieſem Falle

1) Dahin dürfte wohl Coſack's Meinung zu berichtigen ſein. Vgl. Windſcheid Pandekten §§ 132, 477.

beweist doch noch nicht, daß dem Anfechtungsbeklagten nun auch der Einwand der Zahlung, mit dem der Schuldner bereits im Prozesse präjudizirt ist, versagt sein müsse. Und konsequent müßte Cosack dann dem Anfechtungsbeklagten überhaupt den Einwand der Zahlung aus dem Rechte des Schuldners versagen. Denn kann die Rechtslage des Anfechtungsschuldners schon dadurch verschlechtert werden, daß der Schuldner neue Verbindlichkeiten kontrahirt, und kann lediglich deshalb der erstere den vom Schuldner im Prozesse nicht geltend gemachten Einwand der Zahlung nicht für sich geltend machen, so kann ihm der Einwand überhaupt auch nicht eher zu Gute kommen, als bis der Schuldner selbst von ihm wirksam Gebrauch gemacht hat.

Aehnlich argumentirt Jeß[1]). Das eine Forderung zuerkennende Urtheil schaffe einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund, entsprechend dem, wie die Motive zum Anfechtungsgesetze sagen, „selbständigen Rechte" des Gläubigers, auf Grund des Urtheils seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners zu suchen. Komme es daher dem Anfechtungsbeklagten gegenüber nur darauf an, festzustellen, daß zwischen Gläubiger und Schuldner überhaupt eine, gleichviel wodurch und wann entstandene Forderung bestehe, so folge daraus, daß auch dem Anfechtungsbeklagten diejenigen Einreden des Schuldners abgeschnitten seien, mit denen dieser durch den Prozeß präkludirt sei. Allein zunächst ist der Vordersatz dieser Deduktion nur sehr bedingt wahr. Wahrer ist vielmehr der Satz[2]), daß das verurtheilende Erkenntniß einen Anspruch nicht sowohl schafft, als vielmehr bloß anerkennt, und anerkennt nur in dem Verhältnisse der streitenden Parteien

1) Archiv für civilistische Praxis Bd. 68 S. 41.
2) Windscheid Pandekten § 123.

Digitized by Google

zu einander. Und weiter kommt es im Anfechtungsprozesse nicht blos auf die Feststellung der Existenz einer Forderung überhaupt an. Sie muß auch vollstreckbar sein. Eben diesen Umstand urgirt aber in Wahrheit auch Jeß, wenn er meint, daß es gleichgültig sei, wodurch die Forderung entstanden sei. Denn mit der Vollstreckbarkeit des Anspruchs zeigt sich derselbe nur noch in seiner Zahlenmäßigkeit. Hinter dieser verschwindet die causa desselben, und diese muß verschwinden, weil nach ihr nicht mehr gefragt und recherchirt werden darf, wenn die wirkliche Vollstreckung des Anspruchs beginnen kann. Aber aus welchem Grunde sich nun diese Vollstreckung auch gegen den Anfechtungsbeklagten kehren könne, hat auch Jeß m. E. nicht befriedigend erklärt. Er will darin immer noch eine Wirkung inter partes sehen, weil, wie überhaupt auf jede Obligation, so auch auf das rechtskräftige Urtheil ein Anfechtungsrecht gestützt werden könne und die Obligation doch eben auch nur eine Beziehung von Person zu Person enthalte. Aber darin liegt eine m. E. verhängnißvolle Verwechselung der Dinge. Die Obligation als Thatsache muß jeder Dritte natürlich anerkennen, nicht aber die verpflichtende Wirkung derselben [1]).

Anders argumentirt Jäckel [2]). Er meint, der hier fragliche Einwand der Zahlung sei eine unzulässige exceptio de

1) Es ist falsch, zu sagen, das gegen den Schuldner ergangene Urtheil binde auch den Anfechtungsbeklagten. Richtig ist nur, daß der Anfechtungsbeklagte die Thatsache anerkennen muß, daß gegen den Schuldner ein verurtheilendes Erkenntniß ergangen ist. Das Pendant der Anfechtungsklage scheint mir die Interventionsklage zu sein. Wie mit der ersteren in den Rechtskreis einer dritten Person (gerechtfertigter Weise) eingegriffen wird, so wehrt die letztere einen solchen (ungerechtfertigten) Eingriff ab. Nimmermehr kann aber doch behauptet werden, daß der Interventionskläger durch das Vorurtheil gebunden sei.

2) Anfechtung von Rechtshandlungen S. 16 fg.

Digitized by Google

jure tertii, weil die Rechtskraft des den Schuldner verurtheilenden Erkenntnisses nicht über Gläubiger und Schuldner hinaus wirken könne, in dieser Begrenzung aber wiederum alle Beziehungen dieser beiden Personen endgültig erledigt habe. Indessen aus dem ersteren Momente könnte doch im Gegentheil nur gefolgert werden, daß, wenn der Anfechtungsbeklagte den Einwand wirklich hat, er ihm durch das Urtheil gegen den Schuldner nicht verloren gegangen sein kann. Der Prozeß kann dritten, an demselben unbetheiligt gewesenen Personen keine Rechte nehmen. Weiter aber bemißt sich die Zuständigkeit einer materiellen Einrede nur nach dem materiellen Rechte, hier nach dem der Anfechtung. Der Prozeß hat nicht die Aufgabe, Zuständigkeiten solcher Art zu normiren. In Wahrheit deduzirt daher auch Jäckel aus der Rechtskraft des Urtheils. Er verdeckt die Sache nur durch eine m. E. fehlerhafte Bestimmung des Begriffs der exceptio de jure tertii. Eine solche Einrede liegt doch nur unter der Voraussetzung vor, daß das bezogene Recht an sich existirt oder doch existiren kann. Hat der Schuldner den Einwand der Zahlung nicht mehr (und davon geht ja auch Jäckel aus), so kann von einer exceptio de jure tertii logischer Weise nicht mehr die Rede sein. Es bleibt also der Satz, daß dem Anfechtungsbeklagten durch die Rechtskraft des Vorurtheils der Einwand der Zahlung entzogen ist. Dann aber ist wiederum nicht zu erklären, warum in dem Falle, daß dem Schuldner gemäß § 686 C.P.O. der Einwand der Zahlung noch zusteht, derselbe für den Anfechtungsbeklagten keine exceptio de jure tertii darstellen soll. Daraus, daß der Schuldner ihn hat, folgt doch nicht, daß ihn auch der Anfechtungsbeklagte haben müsse [1]).

1) Im Uebrigen hat der Anfechtungsbeklagte den Einwand der Zahlung zweifellos immer insoweit, als er damit eine Gutgläubigkeit seiner-

Digitized by Google

Daß in dem zuletzt gedachten Falle auch der Anfechtungsbeklagte den Einwand der Zahlung hat, ist nirgends bestritten. Wie ist nun dieses zu erklären? Jedes Urtheil wirkt unbedingte Rechtskraft nur für den Zeitpunkt seines Erlasses. Der verurtheilte Schuldner kann diese Rechtskraft durch Einwendungen wieder beseitigen, die erst hinterher entweder entstanden oder doch ihm zugänglich geworden sind. Damit ist in gleicher Weise auch eine unbedingte Vollstreckbarkeit des Urtheils auf diesen Zeitpunkt beschränkt. Denn die Vollstreckbarkeit des Urtheils ist die Konsequenz der Rechtskraft und es muß deshalb auch der Anfechtungsbeklagte berechtigt sein, den ihm an sich fremden Einwand der Zahlung geltend zu machen, um den Nachweis zu führen, daß die Vollstreckbarkeit des Urtheils, wie solche mit der Rechtskraft desselben normirt war, nicht mehr vorhanden sei. Die Rechtskraft des Urtheils selbst kann er zwar nicht umstoßen, nur der Schuldner könnte dies. Der Einwand negirt daher nur eine der Voraussetzungen des Anfechtungsrechts als zur Zeit der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorhanden. Nur durch die Zwangsvollstreckung wird auch das Interesse des Anfechtungsgegners berührt. Wenn nun das Recht des letzteren parallel läuft mit dem Rechte des Schuldners, durch förmliche Widerspruchsklage auch die Rechtskraft selbst beseitigen zu können, so scheint mir der Ursprung der Befugnisse des Schuldners und des Anfechtungsbeklagten aus einer gemeinsamen Wurzel evident zu sein. Beide stützen sich auf ein Erloschensein des Gläubigerrechts, und wenn der Schuldner berechtigt ist, die Rechtskraft des Urtheils zu negiren, so muß auch der Anfechtungsbeklagte berechtigt sein, gegen die Vollstreckung desselben Widerspruch zu erheben. Wer besondere Obligation zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner

seits darthun, somit die Schlechtgläubigkeit als Voraussetzung des Anfechtungsrechts im einzelnen Falle widerlegen will.

annimmt, muß künſtlich beſondere Vorausſetzungen für die Wirkſamkeit dieſes Verhältniſſes konſtruiren, die wir auf die einfachſte und natürlichſte Weiſe als Gründe für ein Erloſchenſein des Gläubigerrechts charakteriſiren dürfen[1]).

2) Die Einrede der Kompenſation. Intereſſanter noch, weil m. E. die Anfechtungsklage als eine Klage auf Exekution in das hellſte Licht ſtellend, iſt die Frage, in wie weit ein vom Anfechtungsbeklagten geltend gemachter Kompenſationseinwand gegen die Anfechtungsklage zuläſſig iſt. Die erhebliche Differenz mit dem Einwande der Zahlung liegt darin, daß mit dem Kompenſationseinwande ein ſelbſtändiger Gegenanſpruch geltend gemacht wird, daß er nicht eine bloße

---

1) Coſack (S. 35 fg.) verlangt neben der Vollſtreckbarkeit der Forderung, um den Anfechtungsſchuldner obligationsmäßig zu binden, als beſondere Vorausſetzung noch die Rechtsgültigkeit derſelben, ohne zu bemerken, daß m. E. dieſe beiden Erforderniſſe ineinander laufen. Vollſtreckbarkeit iſt ihm nur Klarſtellung der Forderung und gegenüber dem Anfechtungsbeklagten überhaupt nur ein prima-facie-Beweis, der im Wege des Einwandes von dem letzteren wieder beſeitigt werden könne. Für den Schuldner ſelbſt iſt jedoch die Vollſtreckbarkeit mehr als prima-facie-Beweis, ſie iſt Rechtsgültigkeit behufs Vollſtreckung des Anſpruchs. Weshalb alſo dem Anfechtungsbeklagten gegenüber bloß das erſtere? Weiter ſoll die Rechtsgültigkeit nun auch nicht eine nochmalige totale Prüfung des Anſpruchs, ſondern nur in ſoweit erfordern, als auch der Schuldner Einwendungen im Wege der Widerſpruchsklage gegen denſelben haben würde. So entſteht denn bei Coſack die Anſchauung, daß gegenüber dem Anfechtungsbeklagten der vollſtreckbare Titel nur einen vorläufigen Verpflichtungsgrund, nur vorläufige Vollſtreckbarkeit, und erſt das Fehlen ſolcher Einwendungen, reſp. die Beſeitigung derſelben durch Urtheil definitive Vollſtreckbarkeit ſchaffe. Die Sache ſcheint mir aber damit nichts weniger als geklärt zu ſein. Denn das Vorhandenſein ſolcher Einwendungen ſuspendirt dem Anfechtungsſchuldner gegenüber überhaupt jede Vollſtreckung, der Anfechtungsberechtigte muß vielmehr zunächſt zur Klage ſchreiten und ein Recht des Anfechtungsbeklagten auf die Einwendungen iſt dann nicht nachgewieſen, wenn auch von vorläufiger Vollſtreckbarkeit nicht die Rede ſein kann.

Digitized by Google

Verneinung ist. 3 Fälle sind dabei möglich: 1) Kompensationen aus dem Rechte des Schuldners gegen den Anfechtungskläger, 2) Kompensationen aus dem Rechte des Anfechtungsbeklagten gegen den Schuldner, 3) Kompensationen aus dem Rechte des Anfechtungsbeklagten gegen den Anfechtungskläger.

Was zunächst den ersten Fall anlangt, so erklären die Motive zum Anfechtungsgesetze es zwar für selbstverständlich, daß allgemein der Anfechtungsbeklagte solche Einwendungen, die den durch den Schuldtitel gegen den Schuldner festgestellten Anspruch betreffen, in dem Umfange geltend machen könne, in welchem der Schuldner zu ihrer Geltendmachung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung (§§ 686, 704, 705) befugt wäre, also auch den Einwand der Kompensation. Und auch in der Litteratur ist diese Meinung überwiegend vertreten [1]). Ich halte dies aber doch nicht für richtig. Der Schuldner selbst kann den Einwand der Kompensation nur im Wege einer förmlichen Widerspruchsklage nach § 686 C.P.O. zur Geltung bringen. Bei seinem Obsiege beseitigt er zwar das frühere ihn verurtheilende Erkenntniß und damit die Möglichkeit seiner Vollstreckung. Allein die Vollstreckbarkeit wird nicht schon eo ipso durch die Erhebung der Widerspruchsklage suspendirt. Der Gläubiger kann trotzdem auf Vollstreckung bestehen, wenn der Schuldner nicht gemäß § 688 C.P.O. beim Prozeßgericht die Aussetzung der Zwangsvollstreckung durchsetzen kann. Andererseits ist die Erhebung der Widerspruchsklage nicht durch eine wirkliche oder in Aussicht stehende Zwangsvollstreckung bedingt. Der Schuldner selbst kann nur die Rechtskraft des Urtheils, nicht aber allein die Vollstreckbarkeit desselben beseitigen, weil die res judicata ihn

1) Vgl. die Citate bei Wilmowski, S. 542.

Digitized by Google

bindet und dieſe Bindung der Grund der Vollſtreckbarkeit iſt. Anders ſteht die Sache bezüglich des Anfechtungsbeklagten. Das gegen den Schuldner ergangene Urtheil berührt ihn an ſich nicht. Er hat daher weder Recht noch Intereſſe, die Beſeitigung dieſer res judicata durch einen aus dem Rechte des Schuldners hergenommenen Einwand der Kompenſation zu verſuchen. Dies iſt für den Fall gar nicht zu leugnen, daß der Gläubiger eine Zwangsvollſtreckung in das der Anfechtung unterliegende Vermögen des Anfechtungsgegners noch gar nicht vorgenommen hat. Konſequent muß es daher auch bei dem Eintritte dieſer Thatſache gelten. Der Anfechtungsbeklagte beſeitigt durch ſeinen erfolgreichen Widerſpruch gegen die Anfechtungsklage und kann nur beſeitigen die Vollſtreckbarkeit des Urtheils, und wiederum nicht überhaupt, ſondern nur gegen ihn ſelbſt. Ihm gegenüber handelt es ſich bloß um die Alternative: iſt die Vollſtreckbarkeit dieſes gegen den Schuldner ergangenen Urtheils gegeben oder iſt ſie nicht gegeben? Und Vollſtreckbarkeit bedeutet Erzwingbarkeit der obligationsmäßigen Leiſtung ſelbſt unter Ausſchluß von Erfüllungsſurrogaten. Eine Forderung, die der Schuldner noch mit ſolchen Surrogaten zu begleichen das Recht hat, kann nicht vollſtreckbar ſein. Der Anfechtungsbeklagte kann daher der Anfechtungsklage gegenüber nur verneinen, verneinen die Vollſtreckbarkeit des Urtheils, nicht aber excipiren. Er hat den Einwand der Zahlung aus dem Rechte des Schuldners, nicht aber auch den der Kompenſation [1]). Ihm ſteht die Widerſpruchsklage des Schuldners gar nicht zu Gebote [2]). Auch wer ſchon mit der Erklärung des Kompen-

1) So auch Coſack S. 287, wodurch ſeine anſcheinend weitergehende Meinung S. 37 näher präciſirt ſein dürfte.

2) Und nicht bloß nicht materiell, ſondern auch nicht formell. Uebereinſtimmend hiermit Hartmann S. 67. Aus dem letzteren Umſtande

sationswillens die Hauptforderung selbst erlöschen läßt, kann nicht ohne weiteres dem Anfechtungsbeklagten den Einwand der Kompensation zugestehen. Denn es fragt sich noch immer, mit welchem Rechte der Anfechtungsbeklagte die Erklärung der Kompensation an Stelle des Schuldners abgeben kann[1]). Die Anfechtungsklage ist Vollstreckungsklage, weil ihre Tendenz ausschließlich auf Vollstreckung eines Urtheils geht. Sie ist Klage auf Ertheilung der Vollstreckbarkeitsklausel gegen den Anfechtungsbeklagten. Wer in derselben die Geltendmachung eines neuen, noch nicht in judicium deduzirten Rechtsverhältnisses zwischen Anfechtungskläger und Anfechtungsbeklagten sieht, muß prinzipiell jede an sich nach dem bürgerlichen Rechte mögliche Kompensation für zulässig erachten. Und darnach wäre sie im vorliegenden Falle ausgeschlossen, weil der Anfechtungsbeklagte nicht mit einem eigenen Anspruche, sondern mit einem solchen des Schuldners gegen den obligatorischen Anspruch des Anfechtungsklägers kompensiren und insofern Identität der berechtigten und verpflichteten Personen nicht vorliegen würde. Wenn man den Einwand der Kompensation

folgt auch, daß der Anfechtungsbeklagte nicht gemäß § 686 Abs. 3 C.P.O. die ihm zustehenden Einwendungen sämmtlich gleichzeitig geltend zu machen gezwungen ist, daß vielmehr die Zeit der Geltendmachung sich für ihn durch § 251 C.P.O. bestimmt. Und wenn auch nach einer Verurtheilung im Anfechtungsprozesse dem Anfechtungsbeklagten formell die Widerspruchsklage zustehen muß, weil nunmehr ein gegen diesen selbst ergangenes Urtheil vorliegt, so bleibt ihm doch materiell (gegen Eccius Preuß. Privatr. Bd. 1 S. 773 Note 27) die Widerspruchsklage versagt. Das Urtheil im Anfechtungsprozesse kann nicht ein neues obligatorisches Verhältniß schaffen, stellt vielmehr nur fest, daß die Voraussetzungen für die Exekutionsvollstreckung gegen den Anfechtungsbeklagten wegen der Forderung an den Schuldner gegeben sind und daß demgemäß der Anfechtungsgegenstand dieser Exekutionsvollstreckung unterliegt.

1) Will doch der Entw. I des bürgerlichen Gesetzbuchs ein solches Recht nicht einmal dem Bürgen, resp. dritten Pfandbesitzer zugestehen.

Digitized by Google

aber dennoch zulassen will, so kann er nach den Regeln des bürgerlichen Rechts doch nicht *als solcher, als Kompensationseinwand* in Betracht kommen. Die *Nichtexistenz* des Kompensationsanspruchs muß als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anfechtungsrechts gefaßt werden, und dann stellt eben das Anfechtungsrecht nichts anderes dar, als das in der Sich-Bethätigung befindliche Gläubigerrecht.

Was die Kompensationsbefugniß des Anfechtungsbeklagten mit Forderungen aus eigenem Recht und gegen den Schuldner anlangt, so weisen schon die positiven Bestimmungen des § 31 K.O. [1]) resp. § 8 des Anfechtungsgesetzes darauf hin, daß derartige Kompensationen im Großen und Ganzen nicht gestattet sein können. In Betracht kommen hier zwei Unterfälle: Kompensationen mit Forderungen, die aus dem angefochtenen Rechtsgeschäfte entsprungen sind, und solche, die außerhalb desselben liegen.

Anlangend zunächst die Anfechtung außerhalb des Konkurses, so bestimmt § 8 des Anfechtungsgesetzes, daß der Anfechtungsbeklagte wegen Erstattung einer Gegenleistung oder wegen seiner Forderung für den Fall, daß die Tilgung derselben angefochten wird, sich nur an den Schuldner halten könne. Damit ist jedenfalls das bestimmt ausgesprochen und es ist dies auch communis opinio, daß Ansprüche der gedachten Art im Anfechtungsprozesse und dem Gläubiger gegenüber unberücksichtigt zu bleiben haben und daß die Ausgleichung

1) Nicht auf Grund des § 48 Z. 1 K.O., wie *Kohler* (S. 125) will. Denn der Anspruch der Masse ist *mit* der Konkurseröffnung, nicht erst *nach* derselben entstanden. In der Sache giebt *Kohler* selbst zu (S. 212), daß es keine selbständige Cession der actio Pauliana gebe, daß daher, auch wenn die Aktiven des Gemeinschuldners vom Konkursverwalter veräußert werden, die Pauliana nicht mitübertragen werde. Darnach repräsentirt das Anfechtungsrecht an sich kein selbständiges obligatorisches Rechtsverhältniß.

Digitized by Google

derſelben daher lediglich Sache des Anfechtungsbeklagten und des Schuldners iſt. Die Konſequenz aber iſt, daß bei Gleichartigkeit der Haupt- und Gegenanſprüche auch Kompenſationsmöglichkeit abgeſchnitten iſt. Setze ich nun weiter den Fall, daß ein zwiſchen Anfechtungsbeklagten und Schuldner abgeſchloſſener Kompenſationsvertrag über an ſich nicht konnexe Forderungen abgeſchloſſen iſt, ſo muß in Folge der Anfechtung dieſes Vertrages der erſtere ſeine Schuld baar zahlen und kann ſeine eigene Forderung nur gegen den letzteren geltend machen. Ein ſolcher Kompenſationsvertrag fällt [1]) nach einer doppelten Richtung unter die Beſtimmung des § 8 des Anfechtungsgeſetzes. Als zweiſeitiger Vertrag, bei dem die gegenſeitigen Leiſtungen in der Leiſtung eines Erfüllungsſurrogats beſtehen, iſt die Gegenleiſtung des Anfechtungsbeklagten, die nur gegen den Schuldner geltend gemacht werden kann, die baare Zahlung der Forderung des Anfechtungsbeklagten. Muß der letztere in Folge der Anfechtung an den Anfechtungskläger baar zahlen, ſo wird auch ſein Recht auf baare Zahlung gegen den Schuldner wieder wach. Sieht man bei ſolchem Kompenſationsvertrage einſeitig nur auf die durch Erfüllungsſurrogat getilgte Forderung des Anfechtungsbeklagten, ſo muß dieſelbe wieder in Kraft treten, wenn der Anfechtungsbeklagte an den anfechtungsberechtigten Gläubiger baar gezahlt hat. Nach § 8 kann ſie aber nur gegen den Schuldner wieder in Kraft treten. Gilt nun alles dies im Falle eines förmlichen Kompenſationsvertrages, ſo muß es auch im Falle einer compensatio necessaria gelten [2]), muß auch gelten, wenn

1) Gegen Wilmowski S. 553.

2) Man kann nicht einwenden, daß auch nach erfolgreicher Anfechtung eines Kompenſationsvertrags die ſonſt dem Anfechtungsbeklagten zuſtehende geſetzliche Kompenſationsbefugniß zum Nachtheile des Anfechtungsklägers noch beſtehen bleibe. Dagegen ſpricht m. E. der Umſtand, daß zu

Digitized by Google

(der oben gedachte zweite Unterfall) der Anfechtungsklage nicht konnexe Kompensationsansprüche entgegengesetzt sind. Wer Kompensationsansprüche mit solchen Forderungen des Anfechtungsbeklagten zulassen will, muß daher auch Kompensationsverträge über solche Forderungen der Bestimmung des Gesetzes zuwider für unanfechtbar erklären.

Nach den Motiven zum Anfechtungsgesetze ist mit der Fassung des § 8 des Gesetzes dahin, daß der Anfechtungsbeklagte wegen Rückgewähr des von ihm Geleisteten sich nur an den Schuldner halten könne, zugleich ausgesprochen, daß der Anfechtungsbeklagte wegen der ihm vom Schuldner zurückzugewährenden Leistung nicht in Konkurrenz mit dem Anfechtungskläger treten dürfe und daß dies auch von Forderungen zu gelten habe, die mit der anfechtbaren Handlung nicht im Zusammenhange ständen [1]). Damit ist aber auch eine Kompensationsbefugniß des Anfechtungsbeklagten mit derartigen Forderungen verneint. Sie würde eine Konkurrenz mit Vorzugsrecht statuiren. Jaeckel [2]) will dies für nicht konnexe Gegenansprüche des Anfechtungsbeklagten nicht gelten lassen.

Gunsten des Anfechtungsklägers mit der Anfechtung des Kompensationsvertrages dem Schuldner die Dispositionsbefugniß über seine Forderung entzogen ist, und dieser Mangel der Dispositionsbefugniß muß auch einer wirksamen Geltendmachung der Kompensation im Prozesse gegenüber dem Anfechtungskläger entgegenstehen. Wird doch die Anfechtung der Kompensationserklärung selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anfechtungsbeklagte über die Befugniß zur Kompensation dem Schuldner gegenüber ein günstiges Urtheil erzielt hat. Und wie der Anfechtungsbeklagte nicht Rechtsnachfolger des Schuldners in Bezug auf den Anfechtungsgegenstand ist, so ist auch der Anfechtungskläger nicht Rechtsnachfolger des Schuldners in Bezug auf Gegenforderungen, die dem Anfechtungsbeklagten gegen den Schuldner zustehen.

1) So auch Hartmann S. 182.

2) Anfechtungsrecht S. 171. So auch die hier weiter citirten Autoren.

Digitized by Google

Aber dies wiederum nicht ganz. Er gesteht ihm nicht ohne weiteres das Vorzugsrecht zu. Ganz richtig um deshalb, weil, wenn der Anfechtungsbeklagte keine Retention hat, er auch keine Kompensation haben kann. Aber die Konkurrenz mit dem Anfechtungskläger soll er haben, weil der Anfechtungsgegenstand für alle Gläubiger gegeben sei, die einen vollstreckbaren Schuldtitel hätten. Zunächst kann der Schuldner selbst unmöglich gegen eine Anfechtung den Einwand erheben, daß er noch weitere Gläubiger mit vollstreckbaren Titeln habe. Weiter aber wäre es eine auffällige und schwer zu erklärende Erscheinung, warum, lediglich auf die Natur der Sache gesehen, bei konnexen Gegenforderungen die Konkurrenz ausgeschlossen, bei nicht konnexen dagegen gestattet sein sollte. Auch in dem ersteren Falle bleibt der Anfechtungsgegenstand als Objekt der Zwangsvollstreckung für solche Gläubiger gegeben. Wie soll man sich aber überhaupt die Entwickelung der Sache denken? Zweifelsohne müßte der Anfechtungsbeklagte wegen seiner nicht konnexen Forderung zunächst nicht nur einen vollstreckbaren Titel, sondern auch ein Anfechtungsrecht erstritten haben, da die Anfechtung außerhalb des Konkurses nur für resp. gegen den anfechtenden Gläubiger wirkt. Eine solche Anfechtung wäre nun aber rechtlich gar nicht denkbar. Die Anfechtung wird gegeben gegen den Schuldner und den dritten Erwerber des Anfechtungsgegenstandes. Wenn nun aber der dritte Erwerber zugleich auch der anfechtungsberechtigte Gläubiger ist, wie soll da ein Urtheil erzielt werden können, nach dem er als Gläubiger für berechtigt. als dritter Erwerber aber für verpflichtet erklärt werden soll? Und wenn er daher gegen den Schuldner allein auf Anfechtung klagen müßte, könnte ihm dieser nicht mit Recht den Einwand entgegensetzen, daß zwischen ihnen das angefochtene Rechtsgeschäft völlig verbindlich und daß er zur Innehaltung des Abkommens

Digitized by Google

verpflichtet sei? Aber mit solcher Anfechtung würde auch der Gläubiger einen reellen Vortheil nicht erzielt haben. In Wahrheit würde er damit nicht Befriedigung erhalten, sondern nur seine eigene Sache sich erhalten haben, und es dürfte daher auch kaum einem solchen Gläubiger einfallen, *ohne Konkurrenz mit anderen Gläubigern* seines Schuldners mit dem schon in seinem Besitze befindlichen Anfechtungsgegenstande eine andere Forderung an denselben Schuldner decken zu wollen. Die Sache kann daher nur die Tendenz haben, anderen Gläubigern den Zugriff auf das Anfechtungsobjekt zu wehren, diesen das ihnen zustehende Anfechtungsrecht zu verkümmern. Gegen den Schuldner bleibt das Klagerecht auf Erfüllung der nicht konnexen Obligation, denn den Anfechtungsgegenstand hat der Gläubiger-Erwerber auf Grund des angefochtenen, zwischen ihm und dem Schuldner rechtsbeständigen Geschäfts. Kann der Schuldner gegen einen Anfechtungsberechtigten den Einwand nicht geltend machen, daß er noch andere Gläubiger habe, das Verlangen des Gläubiger-Erwerbers, einem anderen Gläubiger gegenüber den Anfechtungsgegenstand behalten zu wollen, läuft auf dasselbe hinaus.

Von zwei Dingen Eins. Entweder ist die Anfechtungsklage nur Klage auf Vollstreckung eines alten, bereits im Prozesse zwischen Gläubiger und Schuldner festgestellten Rechtsverhältnisses, und dann kann dem Anfechtungsbeklagten überhaupt weder Kompensation noch auch nur Konkurrenz mit Gegenforderungen gestattet sein. Oder die Anfechtungsklage ist Klage auf Grund eines neuen, mit der Vollstreckbarkeit des Schuldtitels vollständig fertig in die Wirklichkeit getretenen, deshalb noch nicht durch den Prozeß gelaufenen Rechtsverhältnisses obligatorischer Natur, und dann muß dem Anfechtungsbeklagten nicht nur Konkurrenzrecht, sondern auch Kompensation mit eigenen Gegenforderungen gestattet sein. Der

Digitized by Google

Anfechtungsbeklagte muß berechtigt sein, nicht nur die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels, sondern auch die Voraussetzungen, auf denen dieselbe beruht, die Basis des Rechtsverhältnisses anzugreifen. Nun ist aber diese Basis und damit das ganze Rechtsverhältniß gar nicht materiell-rechtlicher, sondern bloß prozessualer Natur. Denn es baut sich auf dem ursprünglichen Rechtsverhältnisse auf, und die neue Phase, die es zeigt, ist lediglich eine Einwirkung des Prozesses, den das Rechtsverhältniß durchlaufen hat. Die erstere Natur tritt in dem Verhältnisse zwischen Gläubiger und Bürgen oder drittem Pfandbesitzer zu Tage. Diesen accessorisch Verpflichteten gegenüber genügt nicht der Nachweis, daß der Gläubiger gegen den Hauptschuldner seine Forderung erstritten habe. Ihnen gegenüber muß der Nachweis der Forderung noch besonders geführt werden, weil die Existenz der Hauptforderung die Voraussetzung *ihrer eignen, schon vor dem Prozesse zwischen Gläubiger und Hauptschuldner vorhanden gewesenen* Verbindlichkeit bildet. Daraus folgt aber auch, daß diese Personen Kompensationen aus eigenem Rechte unbeschränkt geltend machen dürfen. Ihr Rechtsverhältniß zum Gläubiger ist noch nicht durch den Prozeß gelaufen und bis zur Vollstreckbarkeit geläutert. Der Anfechtungsbeklagte dagegen steht mit dem Anfechtungsgegenstande lediglich loco des Schuldners in dem Sinne, daß gegen ihn vollstreckt werden soll, wozu der Schuldner selbst verurtheilt worden ist, und die Vollstreckung als einseitige prozessualische Maßregel dulder keinen Aufschub durch den Einwurf selbständiger Gegenansprüche. Sein oder Nichtsein des Anfechtungsanspruchs ist daher allein in Frage [1]).

1) Daher hat der Pfandschuldner zwar im Prozesse die Kompensation, nicht aber auch noch in der Exekutionsinstanz. Vgl. *Windscheid* Pandekten Bd. 1 § 235 Note 17.

Digitized by Google

Ich vermag Jäckel's Interpretation des § 8 des Anfechtungsgesetzes nicht beizutreten. Die Gegenleistung, d. h. die Gegenforderung aus einem angefochtenen (zweiseitigen) Rechtsgeschäfte ist hier nicht im Gegensatze zu einer anderen, nicht konnexen Gegenforderung in der Weise gedacht, daß von der letzteren das Gegentheil von dem zu gelten hätte, was § 8 für die erstere bestimmt hat. Gegensatz ist vielmehr die durch ein einseitiges Rechtsgeschäft getilgte Forderung des Anfechtungsbeklagten. Diese Forderung soll in Folge der Anfechtung wieder aufleben. Nun lebt sie aber nur dem Schuldner gegenüber wieder auf. Kann daher der Anfechtungsbeklagte in diesem Falle seine Forderung an den Schuldner dem Anfechtungskläger nicht in Gegenrechnung stellen, und kann weiter diese Forderung auch nicht als eine Gegenleistung gegen die ihm geleistete Zahlung aufgefaßt werden, so kann der Anfechtungsbeklagte auch nicht für berechtigt erachtet werden, mit einer beliebigen anderweitigen Forderung an den Schuldner zu kompensiren. Der Sinn des § 8 ist hiernach m. E. der, daß der Anfechtungsbeklagte, wie er bei der Anfechtung eines zweiseitigen Geschäfts seine Gegenleistung dem Anfechtungskläger nicht in Anrechnung bringen darf, so bei der Anfechtung eines einseitigen Rechtsgeschäfts überhaupt nicht eine Leistung seinerseits. Dann entfällt aber auch jeder Grund, bei der Anfechtung eines zweiseitigen Geschäfts zwischen konnexen und nicht konnexen Gegenforderungen zu scheiden, wie denn auch die Motive erklären, daß im Falle der Anfechtung einer Leistung nur gezwungen von einer Gegenleistung geredet werden könne.

Cosack (S. 288) vertritt in der vorliegenden Frage dieselbe Meinung wie Jäckel, kommt aber doch zu einem anderen praktischen Resultate. Während Jäckel behauptet

Digitized by Google

daß der Anfechtungsbeklagte nur dann das Vorrecht haben könne, wenn er zuerst eine Zwangsvollstreckung oder einen Arrest in den Anfechtungsgegenstand bewirkt habe, soll nach Cosack der Anfechtungsbeklagte praktisch meistens in der Lage sein, das Anfechtungsrecht der übrigen Gläubiger zu vereiteln, d. h. das Vorzugsrecht zu gewinnen. Er stützt sich dabei auf die oben (S. 173 fg.) widerlegte Theorie von der vollen Dispositionsbefugniß jedes einzelnen der mehreren Anfechtungsberechtigten über den Anfechtungsgegenstand, kraft welcher die Anfechtungsobligation auch durch Leistung von Erfüllungssurrogaten erlöschen könne. Der Anfechtungsbeklagte brauche nur zu erklären, daß er mit seiner Gegenforderung kompensiren wolle. Damit habe er nach den Regeln des bürgerlichen Rechts über die aktive Solidarobligation die Anfechtungsbefugniß in seiner Person konzentrirt und die übrigen Gläubiger ausgeschlossen, weil der Gegenstand der Solidarobligation ihm durch ein Surrogat ganz in derselben Weise geleistet sei, als wenn der Anfechtungsberechtigte mit dem Anfechtungsgegner ein besonderes Abkommen über Leistung des Surrogats getroffen hätte. Offenbar ist aber diese Analogie nicht statthaft, da der Anfechtungsgegner zugleich der Anfechtungsberechtigte sein würde und Niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen kann.

Das Recht, das Cosack und Jäckel dem Anfechtungsbeklagten wegen nicht konnexer Gegenforderungen geben wollen, ist kein wirkliches Kompensationsrecht, das sich im Prozesse zu vollziehen hat. Indem sie dieses Recht nur unter der Voraussetzung gewähren, daß der Anfechtungsbeklagte einen vollstreckbaren Titel für seine Gegenforderung hat, gestaltet sich dasselbe zu einem Rechte, das erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz zur Geltung kommen kann. Mag es nun, wie Jäckel will, erst mit der Pfandnahme des An-

fechtungsobjekts entstehen oder, wie Cosack will, schon gegeben sein, wenn der Anfechtungsbeklagte in der Lage ist, als solidarischer Gläubiger bezüglich des Anfechtungsobjekts durch einseitige Erklärung die Anfechtungsbefugniß in seiner Person zu konzentriren, immerhin handelt es sich nicht um eine wirkliche Kompensation, sondern um eine Aktion, bei der der Anfechtungsbeklagte selbständig eine Zwangsvollstreckung wegen seiner Gegenforderung bewirken will. Und so widerlegen auch diese Theorien nicht den Fundamentalsatz, daß gegen das Anfechtungsrecht als Klage auf Vollstreckung der Einwand der Kompensation nicht zulässig ist. Es ist Jäckel auch nicht gelungen, die „Pönalfolge" für den Anfechtungsbeklagten, die darin bestehen soll, daß derselbe mit seiner nicht konnexen Gegenforderung sich aus dem Anfechtungsobjekte nicht befriedigen könne, vollständig zu beseitigen. Diese Folge bleibt bestehen, wenn der Anfechtungsbeklagte wegen solcher Forderung sich nicht das erste Pfändungspfandrecht hat sichern können, und es bleibt auch überhaupt poena, d. h. Abweichung vom bürgerlichen Rechte, wenn bei der Annahme Jäckel's, daß Exequendus nicht der Anfechtungsbeklagte, sondern der Schuldner sei, der erstere nicht ohne weiteres mit einer Gegenforderung an den Schuldner gegen dessen Forderung aufrechnen darf [1]).

1) Man hält den § 8 des Anfechtungsgesetzes für eine große Härte gegen den Anfechtungsbeklagten. Indessen eine gewisse Härte ist nicht zu vermeiden, wenn die Anfechtungsklage Klage auf Zwangsvollstreckung ist und als solche Energie beweisen muß. Sie enthält eine deutliche Mahnung zur Vorsicht im Verkehr und sichert damit die Gesundheit des Kredits. Ein offenbarer Irrthum der Motive, den auch schon Cosack (S. 272) rügt, ist es allerdings, diese Härte mit der Theorie beweisen zu wollen, daß dem Anfechtungsbeklagten die Befugniß fehle, über die (noch im Besitze des Schuldners befindliche) Gegenleistung zu verfügen, da er über dieselbe doch unzweifelhaft im Wege der Zwangsvollstreckung verfügen kann. Schließlich wird die Härte erheblich dadurch praktisch gemildert, daß der Anfechtungsbeklagte wohl fast immer auf Konkurseröffnung wird provoziren können.

Digitized by Google

Ungleich einfacher liegt m. E. die Kompenſationsfrage bezüglich des Konkursanfechtungsanſpruchs. Sofern der, konnexen oder nicht konnexen, Gegenforderung [1]) des Anfechtungsbeklagten reſp. dem Forderungsrechte desſelben nur die Kraft eines Konkursanſpruches beigelegt iſt [2]), liegt klar zu Tage, daß von einer Kompenſationsmöglichkeit nicht die Rede ſein kann. Der Anfechtungsbeklagte muß zunächſt ſeine Schuld zur Maſſe zahlen und kann ſeinen Gegenanſpruch nur im Wege beſonderer Verhandlung mit dem Konkursverwalter und den Konkursgläubigern zur Geltung bringen. Er muß auch dann zahlen, wenn der Gegenanſpruch bereits vor der Zahlung feſtgeſtellt ſein ſollte. Selbſt mit einer bereits feſtgeſtellten Dividende würde er wider den Willen des Konkursverwalters nicht kompenſiren können [3]). Seine Forderung auf die Dividende bleibt Konkursforderung, ſeine Schuld eine Schuld an die Maſſe. Kann er auf Zahlung der feſtgeſtellten Dividende nicht gegen den Verwalter klagen, ſo kann er auch mit derſelben nicht

1) Das Konkursrecht macht alſo keinen Unterſchied zwiſchen beiden Arten, und darin liegt m. E. eine bedeutſame Analogie für die Behandlung der Kompenſationsfrage im Anfechtungsprozeſſe außerhalb des Konkurſes.

2) In dem letzteren Falle will Coſack (S. 287) zwar einen Maſſeanſpruch konſtruiren. Wenn aber der Anfechtungsbeklagte für ſeine Zahlung immer nur die Konkursdividende zurückerhalten kann, ſo hat er in Wahrheit doch keine andere Stellung, als die eines gewöhnlichen Konkursgläubigers. Coſack ſpricht von einer Erfüllung Zug um Zug. Wie ſoll dies aber praktiſch ausführbar ſein, wenn die Konkursdividende erſt bei Beendigung des Konkurſes zahlenmäßig feſtſtehen kann? Coſack's Auffaſſung beruht auf der m. E. unhaltbaren Annahme, daß § 32 K.O. eine Analogie des § 31 enthalte, daß die „Beſeitigung" einer Forderung die Gegenleiſtung für die Zahlung ſein könne und daß die Tilgung einer Forderung ſtets auch eine Bereicherung der Maſſe enthalte (dagegen auch Wilmowski S. 167). Wer ſeine Schulden bezahlt, verbeſſert ſein Vermögen, aber er bereichert ſich nicht.

3) So auch Reichsgericht bei Raſſow und Küntzel, Bd. 34 S. 120 u. fg.

Digitized by Google

kompenſiren. Was ſpeziell den Fall einer anfechtbaren Leiſtung betrifft, ſo kann er nach § 32 K.O. ſeine Forderung überhaupt nur erſt dann geltend machen, wenn er das Empfangene zurückgewährt hat [1]). Nur wenn die Gegenforderung Forderung an die Maſſe iſt, muß der Anfechtungsbeklagte mit ihr kompenſiren können. Und damit wäre denn unſere Theorie von der Unzuläſſigkeit einer Kompenſationsbefugniß gegen den Anfechtungsanſpruch an einem Punkte durchbrochen. Indeſſen nur ſcheinbar. Denn die Kompenſationsbefugniß in dieſem Falle iſt keine willkürliche Satzung, ſondern ergiebt ſich mit Nothwendigkeit aus dem Umſtande, daß, wenn das Recht eine Kompenſationsbefugniß ausſchließen will, es auch dafür Sorge zu tragen hat, daß der Anſpruch im Wege der Klage verfolgt werden kann. Es muß daher vorliegenden Falles dafür Garantie leiſten, daß eine Perſönlichkeit vorhanden iſt, an die ſich der Anfechtungsbeklagte im Wege der Klage halten kann. Nun iſt aber die Konkursmaſſe nur eine ephemere Erſcheinung, die heute ſein und morgen ſchon nicht ſein kann. So lange ſie klagt, zeigt ſie ſich noch wirklich lebendig, und deshalb muß, ſoll das Recht des Anfechtungsbeklagten nicht in alle vier Winde verſtreut werden können, demſelben das Recht der Kompenſation gewährt ſein. Dies Recht iſt hier Erſatz für das thatſächlich prekäre Recht auf den Klageweg [2]).

---

1) So Wilmowski S. 169; Eccius bei Raſſow und Küntzel, Bd. 25 S. 161. Im Uebrigen dürfte der Wortlaut des Geſetzes nicht gegen die durch die Billigkeit erheblich unterſtützte Annahme ſprechen, daß bei bloß theilweiſer Rückgewähr der angefochtenen Leiſtung die urſprüngliche Forderung entſprechend wieder in Kraft tritt (Cofack S. 286).

2) Auch Cofack will von einer eigentlichen Kompenſationsbefugniß des Anfechtungsbeklagten mit der dieſem zurückzugewährenden Gegenleiſtung, reſp. der wieder in Kraft getretenen Forderung nichts wiſſen. Indeſſen weſentlich aus Gründen ſeiner Theorie (S. 276, 287). Die Pflicht zur

Was endlich den dritten Fall anlangt, die Kompenſation mit Forderungen des Anfechtungsbeklagten gegen den Anfechtungskläger ſelbſt, ſo kann im Konkurſe davon etwa in der Anwendung überhaupt nicht die Rede ſein, daß mit Anſprüchen des Anfechtungsbeklagten gegen einzelne Konkursgläubiger kompenſirt werden könnte. Mit der Vertretung der Konkursgläubiger als Einzelne hat der Konkursverwalter nichts zu thun. Und außerhalb des Konkurſes? Nach der Obligationstheorie müßte die Kompenſation unbedingt zuläſſig ſein. Doch finde ich, ſoweit ich ſehen kann, dieſe Frage nirgends, auch nicht bei Coſack erörtert. Wer das Anfechtungsrecht als Klage auf Zwangsvollſtreckung anſieht, muß ſie ebenſo unbedingt verneinen, wie es unſtatthaft erſcheint, wegen des gegen den Anfechtungsbeklagten feſtgeſtellten Gelderſatzanſpruchs nun weiter ein Rechtsgeſchäft des letzteren mit einem Dritten anfechten zu wollen.

XIII.

Wer das Anfechtungsrecht auf ein beſonderes obligatoriſches Rechtsverhältniß zwiſchen Anfechtungskläger und -beklagten zurückführt, muß die Geltendmachung dieſes Rechts im Wege der Replik für unſtatthaft erklären. Zum Wenigſten in beſtimmten Fällen, wo ſolche Geltendmachung gegen § 240 C.P.O. verſtoßen würde. Der Fall, den Peterſen[1]) ſetzt, kann

Erſtattung der Gegenleiſtung reſp. der Forderung ſoll nicht einen ſelbſtändigen Gegenanſpruch darſtellen, ſondern als Laſt des Anfechtungsanſpruchs dieſen ſelbſt ipso jure mindern, und er giebt deshalb dem Anfechtungsbeklagten, dem gut-, wie dem ſchlechtgläubigen, ein Retentionsrecht, weil dieſes Recht hier nur die Form des Beſtreitens ſein ſoll (S. 280). Es ſcheint mir indeſſen eine Theorie mißlich, die für den Fall der Anfechtung außerhalb des Konkurſes nicht paßt und die auch im Falle der Anfechtung im Konkurſe dann wieder umgeändert werden muß, wenn die Gegenleiſtung nur als Konkursforderung geltend gemacht werden kann.

1) Zeitſchrift für deutſchen Civilprozeß Bd. 10 S. 40.

Digitized by Google

allerdings nicht in Frage kommen. Wenn der Konkursverwalter eine Forderung des Gemeinschuldners einklagt und dann gegen den von dem Beklagten geltend gemachten Einwand der Zahlung oder Aufrechnung replizirt, daß er die Zahlung oder Aufrechnung als ihm gegenüber unverbindlich anfechte, so bleibt allerdings der Klagegrund vollständig intakt. Nur gegen den Einwand, der die Lösung des Schuldverhältnisses behaupten soll, ist die Replik der Anfechtung gerichtet. Anders, wenn es sich um die Herausgabe einer bestimmten Sache auf Grund des Eigenthums des Gemeinschuldners handelt. Wenn hier der Beklagte geltend macht, daß ihm das Eigenthum vom Gemeinschuldner übertragen sei, und dann der Konkursverwalter replicando diesen Uebertragungsakt anfechten will, so muß der letztere, um seinen Klageantrag aufrecht erhalten zu können, und da das Eigenthum des Beklagten das des Gemeinschuldners ausschließen würde, nicht bloß neue Thatsachen, z. B. den dolus des Gemeinschuldners und des Verklagten, behaupten, die dem Klagegrunde des Eigenthums gegenüber wohl schwerlich unter den Begriff einer thatsächlichen Ergänzung und Berichtigung nach § 240 l. c. gebracht werden könnten, die Replik bringt auch ein neues, obligatorisches Rechtsverhältniß und zwar zwischen *Konkursverwalter und Anfechtungsbeklagten* zur Geltung. Der Fall liegt prozessualisch dem anderen Falle ganz gleich, daß in einem Eigenthumsprozesse gegen den Einwand des Verklagten, das Eigenthum vom Kläger erhalten zu haben, dieser behauptet, daß ihm nachträglich das Eigenthum vom Verklagten von neuem vertraglich zugesichert sei. Daß in diesem Falle unzulässige Klageänderung vorliegt, ist zweifellos. Sie liegt aber auch in jenem Falle vor, wenn die Replik der Anfechtung zu Gunsten des Anfechtungsklägers eine *persönliche Verpflichtung des Verklagten* geltend machen

Digitized by Google

soll, während die Klage auf das Eigenthum des Gemeinschuldners gestützt war. Die Replik der Anfechtung kann in diesem Falle nur dann für zulässig erachtet werden, wenn sie den Klagegrund vollständig unberührt läßt, sich also ebenfalls auf den Klagegrund des Eigenthums des Gemeinschuldners stützt. Und dies ist nur bei der Auffassung möglich, daß der Anfechtungsanspruch Anspruch auf Exekution ist. Denn dann enthält die Replik der Anfechtung kein neues materiellrechtliches Fundament, sondern nur die Erklärung des Konkursverwalters, daß er den bereits durch die Klage im Interesse und behufs Befriedigung der Konkursgläubiger, also zum Zwecke der Zwangsvollstreckung verfolgten Eigenthumsanspruch auch dem Anfechtungsbeklagten gegenüber geltend machen könne, weil nach der Ordnung des Konkurses ein etwaiges Recht der Anfechtungsbeklagten an dem Anfechtungsgegenstande nicht beachtlich sei.

Auch der besondere Fall, daß der Beklagte schon zur Zeit der Zustellung der auf das Eigenthum des Gemeinschuldners gestützten Klage des Konkursverwalters die herausverlangte Sache nicht mehr in Natur besitzt, bietet keine Schwierigkeit. Macht der Verklagte dann noch den besonderen Einwand, daß er die Sache nicht mehr besitze, so wird, wenn nicht schon die Replik, qui dolo desiit possidere, durchgreifen sollte, durch die Replik des Anfechtungsrechts auch zugleich dieser Einwand zurückgeschlagen. Findet sich in der Exekutionsinstanz, daß der Verklagte die Sache wirklich thatsächlich nicht zurückgeben kann, so bleibt dem Verwalter die Klage auf Ersatz des Werthes derselben. Im Uebrigen kann der Verwalter auch gleich eventuell den Anspruch auf Werthsersatz in der Hauptklage mit erheben. Ist er dann genöthigt, den prinzipalen Antrag auf Herausgabe der Sache selbst fallen zu lassen und den Antrag auf Werthsersatz zum prinzipalen zu erheben, so liegt

Digitized by Google

darin noch nicht eine unzulässige Klageänderung [1]). Umgekehrt würde in denjenigen Fällen, in denen einer Anfechtungs**klage** auf Herausgabe der Sache der Erfolg um deshalb versagt werden müßte, weil der Verklagte die Sache nicht mehr besitzt und nur noch in Höhe der Bereicherung haftet, die Replik der Bereicherung nach der Obligationstheorie eine unzulässige Klageänderung enthalten. Die Klage aus der Bereicherung ist ein selbständiger kondiktionenrechtlicher Anspruch [2]) gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe der Sache resp. ihres Werthes. Die Anfechtungsklage als Klage auf Exekution dagegen geht an sich von vornherein mit auf den Werth der Sache. Sie will, wenn es sein kann, mit dem Werthe zugleich die Sache selbst, wenn es nicht anders geht, doch wenigstens den Werth derselben fassen. Und wenn in Fällen der gedachten Art sie sich auf den Werth der vorhandenen Bereicherung beschränken muß, so tritt dies nur auf Einwand des Verklagten ein.

So wenigstens die Theorie. Was die praktische Behandlung der Sache anlangt, so ist im Uebrigen speziell bezüglich körperlicher Anfechtungsgegenstände schon oben (S. 163 fg.) nachgewiesen, daß der Konkursverwalter ein wirkliches Recht des Gemeinschuldners an ihnen nicht zu behaupten braucht. Es genügt die Behauptung, daß die Detention in Folge Rechtshandlung vom Gemeinschuldner auf den Anfechtungsbeklagten übergegangen sei. Erst der Einwand des Verklagten, daß er die Sache vom Gemeinschuldner erworben habe, bringt einen wirklichen Rechtstitel zur Sprache und die Replik der Anfechtung ist thatsächlich bloßer Einwand gegen das Recht des Verklagten. Das Gleiche muß auch bei der Anfechtung einer vom Gemeinschuldner geleisteten Zahlung gelten. Insoweit

1) Entsch. des Reichsger. Bd. 10 S. 418.

2) Vergl. **Windscheid** Pandekten Bd. 1 S. 371.

Digitized by Google

hat denn auch Cosack's (S. 223) auffällige Bemerkung, daß es bei der Anfechtungsklage rücksichtlich der Frage, ob die Replik der Anfechtung eine unzulässige Klageänderung enthalte, nur darauf ankomme, daß durch die Replik der Anfechtung der Inhalt des Klageanspruchs nicht geändert werde, doch guten Sinn. Wenn die Klage ein Recht des Klägers gar nicht urgirt, kann die Replik eines Rechts keine Veränderung des Klagegrundes enthalten.

XIV.

Bezüglich der streitigen Frage, welches örtliche Recht in Kollisionsfällen für das Anfechtungsrecht in Frage komme, geht die herrschende Meinung wohl dahin, daß das Recht desjenigen Ortes entscheidend sei, an dem der Schuldner resp. Gemeinschuldner seinen Wohnsitz habe [1]). Diese im Wesentlichen richtige Meinung ist m. E. befriedigend nur dadurch zu begründen, daß die Anfechtung Exekutionsklage ist und nicht aus einem besonderen, für sich bestehenden Rechtsverhältnisse zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner entspringt. Nur diese Auffassung gewährt eine einheitliche, auf alle Fälle der Anfechtung gleich anwendbare Entscheidung der Kollisionsfrage, die namentlich im Konkurse wegen der Möglichkeit, daß in demselben verschiedene und verschiedenartige Anfechtungsfälle zu erledigen sind, gar nicht entbehrt werden kann. Sie überläßt nichts dem Spiel des Zufalls, dem guten oder bösen Willen der handelnden Personen. Wer die Anfechtung lediglich auf Delikt zurückführt, hat überhaupt schwere Wahl zwischen dem Rechte des oder der Orte der Deliktshandlung, dem der Orte, wo sich die Wirkungen des angefochtenen Rechtsgeschäfts bemerkbar machen, also namentlich auch dem des Ortes, wo der Anfechtungsgegenstand sich befindet. Andere Anhänger der

1) Vgl. Wilmowski S. 127 und die dort citirten Autoren.

Digitized by Google

Deliktstheorie [1]) kommen wieder zu der Annahme, daß der Wohnsitz des Schuldners für die streitige Frage entscheidend sei, weil sich nur dort die Benachtheiligung der Gläubiger wirksam mache. Darnach vermag aber der Deliktsstandpunkt die Frage überhaupt nicht befriedigend zu lösen. Eine Wahl darf überhaupt nicht möglich sein. Nach welchen Grundsätzen soll auch der Richter die Wahlfrage entscheiden? Wer die Anfechtung im Wesentlichen als auf Delikt beruhend ansieht, in den Fällen des guten Glaubens des Anfechtungsgegners aber eine bloße Bereicherungsobligation annimmt, muß wieder für beide Arten der Anfechtung unter Umständen verschiedenes Recht für anwendbar erklären. Auch bei der Cosack'schen Theorie von der obligatio ex lege ist ein annehmbares Resultat nicht zu gewinnen. Cosack (S. 105) selbst befindet sich geständlich in schwerer Verlegenheit, wie er von seinem Standpunkte aus den Satz bewahrheiten soll, daß durch den Wohnsitz des Schuldners das anzuwendende örtliche Recht sich bestimme. Seine Beweise sind m. E. ungenügend. Wenn er das Hauptgewicht darauf legt, daß das Anfechtungsrecht auf einer Gebundenheit des gesammten Vermögens des Schuldners zu Gunsten der Gläubiger beruhe, und daß deshalb der Wohnsitz des Schuldners, als der Ort, wo das Vermögen als Ganzes seinen Sitz habe [2]), bestimmend sein müsse, so ist

1) So West Archiv für civilistische Praxis, Bd. 60 S. 358 u. fg. und Francke ebenda Bd. 62 S. 490 u. fg.

2) Die Theorie vom Rechte des Wohnsitzes als dem Sitze des Gesammtvermögens läßt uns aber auch in manchen Fällen ganz im Stiche. Wie, wenn der Schuldner gar keinen festen Wohnsitz hat, z. B. reisende Schauspielunternehmer? wie, wenn der im Auslande wohnende Schuldner Geschäfte im Inlande betrieben hat, wenn es sich um im Auslande residirende deutsche Beamte handelt? Für die Prozeßzuständigkeit sind in diesen Fällen Aushülfebestimmungen gegeben. Sollen diese für die materiellrechtliche Frage der Statutenkollision Anwendung finden können? Und

Digitized by Google

darauf zu entgegnen, daß aus der Theorie eines Rechtsinstituts, also des objektiven Rechts, sich doch nie und nimmer die Frage lösen läßt, welches örtliche Recht denn für ein konkretes Rechtsverhältniß dieser Art bestimmend sein müsse. Die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden ist, ist im ersten Grunde Thatsachenfrage. Die Theorie eines Rechts ist aber nur Abstraktion. Wir bezeichnen die Obligation als die Gebundenheit des Willens des Schuldners und seines hinter ihm befindlichen Vermögens. Muß darum jedes konkrete obligatorische Verhältniß nach dem Rechte des Ortes beurtheilt werden, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz hat? Für die Bürgschaftsobligation leugnet auch Cosack (S. 106), daß sich die materiellen Rechte des Bürgen nach dem Rechte seines Wohnsitzes zu bestimmen hätten.

Ein Unikum ganz besonderer Art ist es weiter, wenn nach einer immerhin verbreiteten Ansicht[1]) im internationalen Verkehr das Anfechtungsrecht zweierlei Rechten unterstehen soll, nämlich neben dem Rechte des Wohnsitzes des Schuldners auch noch dem der Rechtshandlung oder dem Rechte der belegenen Sache oder dem des Domizils des Erwerbers oder Veräußerers. Die Sache wird noch auffälliger, wenn man bestimmter noch sagen muß, daß es sich dabei im Konkurse um zweierlei Konkursrecht handelt. Zu verstehen ist es allenfalls, wenn man auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß alternativ verschiedenes Recht angewendet wissen will. Eine kumulative

gerade in den Fällen, wo eine Statutenkollision in Frage kommen könnte, theilen die §§ 207, 208 K.O. das gesammte Vermögen des Schuldners in eine inländische und eine ausländische Hälfte, nicht bloß bezüglich eines ausländischen Schuldners. Von einem Sitze des Gesammtvermögens kann also hier nicht die Rede sein.

1) Kohler Lehrbuch des Konkursrechts S. 661; Wilmowski, a. a. O. S. 127; Francke im Archiv für civilistische Praxis Bd. 62 S. 488 u. fg.

Digitized by Google

Anwendung zweier Rechte hat, soviel ich sehe, nirgends eine Analogie. Gleichviel aber, ob solche Meinung zu begründen ist oder nicht, jedenfalls ist sie darin wieder inkonsequent, daß sie nur die Frage des Erwerbs zu Gunsten des Anfechtungsbeklagten nach zweierlei Recht beurtheilt wissen will. Es ist nicht einzusehen, warum bei der Vorfrage, ob an sich die Anfechtung zulässig sei, der Anfechtungsbeklagte sich nicht auch auf das doppelte Recht sollte berufen können. Wenn man dagegen einwenden kann, daß bei solcher Behandlung der Sache die Anfechtung niemals praktisch wirksam werden könne, weil es an der ersten Voraussetzung derselben, nämlich an der Existenz eines Urtheils fehlen würde, das auf dem Boden desjenigen Rechts ergangen ist, nach dem der Anfechtungsbeklagte seinen Erwerb beurtheilt wissen will, so beweist dies eben, daß das Anfechtungsrecht nur eine Konsequenz des rechtskräftigen Schuldspruchs des Richters ist und sich in die Kategorie der Obligation nicht einfügen läßt.

Das moderne Konkursrecht ist nicht bloß in dem Einen Punkte des Anfechtungsrechts international. Die Internationalität ist vielmehr ein Grundzug seines ganzen Wesens. Nach § 4 unserer deutschen Konkursordnung stehen ausländische Gläubiger den inländischen gleich. Die Bestimmung wehrt zunächst eine ungünstigere Behandlung der Ausländer ab. Sie will aber unzweifelhaft auch nicht eine günstigere Behandlung derselben statuiren. Solches würde aber wirklich der Fall sein, wenn bei gleich liegenden thatsächlichen Verhältnissen gegen einen Inländer das Anfechtungsrecht durchführbar und dieser genöthigt sein würde, wegen seiner Gegenleistung mit den übrigen Konkursgläubigern ins Theil zu gehen, während es gegen den Ausländer nicht durchgeführt werden könnte [1]).

1) z. B. weil das ausländische Recht in seinem dem § 26 K.O. entsprechenden Gesetze eine kürzere Frist bestimmt hätte.

Digitized by Google

Nur das ausländiſche Privatrecht, welches die Frage regelt, welche Rechte des ausländiſchen Gläubigers zur Zeit der Konkurseröffnung beſtanden haben, kann in Frage kommen, niemals aber auch das ausländiſche Konkursrecht. Das Prinzip der Gleichberechtigung ſämmtlicher Konkursgläubiger würde ſonſt erheblich ins Schwanken kommen. Dieſe Gleichberechtigung kann nur exiſtiren bei einem einzigen beſtimmten Maßſtabe und dieſer kann wiederum nur durch unſere einheimiſche Konkursordnung gegeben ſein. Um dieſe Gleichberechtigung zu Gunſten des In- wie des Auslandes zu wahren, verſucht das Geſetz in den §§ 42, 49 K.O. ſogar, die nachtheiligen Folgen der Anwendbarkeit des ausländiſchen Privatrechts für die Konkursmaſſe möglichſt zu beſeitigen. Es bleibt alſo für die Geltendmachung des Anfechtungsrechts im Konkurſe als alleinige Norm das einheimiſche Konkursrecht. Und das Gleiche, das einheimiſche Anfechtungsrecht muß für die Einzelanfechtung gelten.

Der Satz, daß das Recht des Wohnſitzes des Schuldners für die Beurtheilung des Anfechtungsanſpruchs ausſchließlich maßgebend iſt, bedarf indeſſen einer näheren Präziſirung, zum Theil auch einer anderen Formulirung. Der Schuldner kann in ſeinem Wohnſitze wechſeln. Wandert das örtliche Recht mit ihm aus oder gilt auch für frühere Anfechtungsfälle das neue örtliche Recht? Für den Konkurs ſcheint mir die Verneinung des erſteren und die Bejahung des letzteren Theils der Frage völlig zweifelsfrei zu ſein. Das Konkursanfechtungsrecht iſt überhaupt erſt mit der Eröffnung des Konkurſes gegeben. Nach § 64 K.O. iſt weiter dasjenige (Amts)Gericht zur Eröffnung und Abwickelung des Konkursverfahrens ausſchließlich zuſtändig, in deſſen Bezirke der Gemeinſchuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurſes ſeinen allgemeinen Gerichtsſtand hat. Ein früher ſtattgehabter Wechſel des Wohn-

Digitized by Google

ſitzes bleibt alſo indifferent. Der allgemeine Gerichtsſtand einer Perſon beſtimmt ſich aber in erſter Linie nach dem Wohnſitze derſelben. Auf einen im Deutſchen Reiche eröffneten Konkurs muß ſonach die deutſche Konkursordnung ausſchließlich zur Anwendung kommen. Und zwar in ihrem ganzen Umfange, nicht nur in ihren prozeſſualen, ſondern auch in ihren materiellrechtlichen Beſtimmungen. Das Konkursrecht iſt öffentlichrechtlichen Charakters. Daher iſt auch die Anwendung der Geſetze über die Anfechtung zwingender Natur. Was die Einzelnanfechtung anlangt, ſo kann eine Zwangsvollſtreckung nur auf Grund eines Urtheils deutſcher Gerichte, eines vor einem deutſchen Gerichte oder deutſchen Notar geſchloſſenen Vergleiches oder Vertrages ins Werk geſetzt werden. Dieſelbe Vorausſetzung gilt auch für die Frage der Anfechtung. Kein Gericht würde eine Anfechtungsklage auf Grund eines ausländiſchen Urtheils oder Vertrages zulaſſen können. Auch hier iſt alles Recht öffentlichen Charakters und der Wohnſitz des Schuldners reſp. der Wechſel desſelben bleibt indifferent. Handelt es ſich alſo in jedem Falle um Normen juris publici, ſo muß die Frage der Statutenkolliſion präcis dahin entſchieden werden, daß Urtheile deutſcher Gerichte, und dahin gehört auch der Beſchluß eines deutſchen Gerichts über Eröffnung des Konkurſes nach deutſchem Rechte, auch in Fragen der Anfechtung zu realiſiren ſind. Das in dem Urtheile, dem Konkurseröffnungsbeſchluſſe, anerkannte deutſche Recht erſcheint nur erſt dann vollſtändig verwirklicht, wenn auch der ihm zugeſicherte Schutz nach deutſchem Rechte ſich bethätigt hat. Verſagt uns bei Durchführung desſelben in dem einzelnen Falle das Ausland ſeine Hülfe, ſo muß es allerdings dabei ſein Bewenden haben, und es bleibt nur das völkerrechtliche Mittel der Retorſion übrig.

Digitized by Google

Nur aus ſolcher Auffaſſung der Sache ergiebt ſich mit unverrückbarer Nothwendigkeit eine einheitliche, von vornherein feſtſtehende Entſcheidung der Frage der Statutenkolliſion im Anfechtungsrechte, und ſie führt auch wieder auf den Satz, von dem ich ausging, zurück, daß das Anfechtungsrecht eine Obligation nicht darſtellen kann. Wo öffentliches Recht gilt, iſt es fruchtloſes Bemühen, ein Gebilde des Privatrechts konſtruiren zu wollen.

Frommannſche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1522

Digitized by Google

III.

Zur Lehre von der Uebertragung des Nießbrauches.

Von **Berthold Haase**, Gerichts-Referendar in Posen.

Einleitung.

§ 1. Die wirthschaftliche und juristische Bedeutung der Uebertragung eines Nießbrauches.

Der Nießbrauch, das ius utendi fruendi rebus alienis [1]), hatte seiner ursprünglichen Bestimmung nach wirthschaftlich nur einen Gebrauchswerth. In seinen Anfängen besaß er einen stark ausgeprägten ethischen Charakter, der im Laufe der geschichtlichen Entwickelung zwar immer mehr verblaßte, aber auch heute noch deutliche Spuren zeigt, ja neuerdings — gelegentlich der Berathung des revidirten Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches — in übertriebenem Maße betont wird. Gewisse sittliche Alimentationspflichten sind, das können wir annehmen, die Wurzeln des Nießbrauchsinstituts gewesen. Der Hausvater hinterließ seinen Kindern sein Vermögen; aber seiner Wittwe wollte er die Vermögensstellung wahren, die sie bisher innehatte, und deshalb behielt er ihr das Recht vor, den Ertrag des hinterlassenen Vermögens oder wenigstens

1) l. 1 D. de usufructu 7, 1.

Digitized by Google

eines Theiles desſelben Zeit ihres Lebens für ſich zu verwenden [2]).

Die entwickelteren wirthſchaftlichen Verhältniſſe zogen jeden Vermögenswerth in den Kreis der Verkehrsobjekte. Der Gebrauchswerth, der in dem Nießbrauche ſteckte, verlieh ihm einen Tauſchwerth. Gegenſtand des Tauſches wurde der Gebrauch der Sache i. w. S., die ökonomiſche Nutzung derſelben.

Dieſe Auffaſſung von der wirthſchaftlichen Bedeutung des Nießbrauches haben die Quellen. Sie ſprechen von „vendere usumfructum“ nicht nur bei der Veräußerung des Nießbrauches durch den Nießbraucher, ſondern auch in den Fällen, in denen eine entgeltliche Beſtellung des Nießbrauches durch den Eigenthümer gemeint iſt. L. 8 § 2 D. de per. et com. rei venditae 18, 6:

> Paulus libro trigesimo tertio ad edictum: Cum usumfructum mihi vendis, interest, utrum ius utendi fruendi, quod solum tuum sit, vendas, an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas [3]).

Was iſt thatſächlich in beiden Fällen veräußert? Nicht das Nießbrauchsrecht [4]), ſondern die ökonomiſche Nutzung, die den Inhalt dieſes Rechtes bildet. Die wirthſchaftliche Nutzung als Recht iſt der ususfructus; dieſer wird beſtellt, indem jene verkauft wird.

2) Darüber, daß der ususfructus dem Erbrechte entſtammt, vergl. Dernburg, Pandekten, 3. Aufl. Berlin 1892, S. 586 — ferner v. Blume, Die Uebertragung des Nießbrauches in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 34 S. 286.

3) Vergl. auch l. 3 § 5 D. de reb. eor. qui sub. tutela 27, 9.

4) Denn das Nießbrauchsrecht kann der Eigenthümer nicht verkaufen, weil das Recht in dieſer Form in ſeinen Händen noch nicht exiſtirt, und nach der beſtimmt ausgeſprochenen Meinung des Paulus auch der Nießgraucher nicht: vergl. die Fortſetzung der im Text citirten Stelle und die Auslegung derſelben weiter unten S. 279.

Digitized by Google

Und wie verkauft, kann die wirthschaftliche Nutzung auch verpfändet, verpachtet, geschenkt, precario eingeräumt und als dos gegeben werden.

Man findet sehr häufig den Ausdruck, „die Ausübung des Nießbrauches wird verkauft, das exercitium ususfructus wird verpachtet", und Aehnliches. Diese Bezeichnungen sind zu mindest inkorrekt. Die Ausübung des Nießbrauches ist weiter nichts als die thatsächliche Beziehung zu dem Rechte; sie entspricht dem Besitze einer körperlichen Sache, sie ist der sogenannte Besitz des Rechtes.

L. 20 D. de servitut. 8, 1: Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis: Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum.

Daß nun in unserem Falle nicht der Besitz verkauft, verpfändet, verpachtet, sondern nur bei Gelegenheit dieser Rechtsgeschäfte eventuell übertragen wird, ist klar.

Was die juristische Behandlung der Geschäfte betrifft, die über den materiellen Inhalt des Nießbrauchsrechtes abgeschlossen werden, so können allgemeine Grundsätze hierfür nicht aufgestellt werden.

Gemeinsam haben diese Geschäfte nur das Objekt.

Das meiste Interesse bietet der Verkauf und die Verpfändung, die beide in ihrer Weise eigenartig gestaltet sind. Für die übrigen Rechtsgeschäfte, Vermiethung, Verpachtung und Schenkung insbesondere, greifen im Großen und Ganzen die allgemeinen Regeln Platz, und wir werden uns darauf beschränken können, die Eigenthümlichkeiten hervorzuheben, die der Gegenstand der Geschäfte mit sich bringt.

Digitized by Google

Erster Abschnitt.
Verkauf des Nießbrauches.

Erste Abtheilung. Allgemeines.

§ 2. Dogmengeschichtlicher Ueberblick.

Die Frage nach der Rechtsstellung desjenigen, dem die Ausübung des Nießbrauches kaufweise übertragen wird, war von der gesammten älteren Theorie dahin beantwortet worden, daß der Erwerber nur einen obligatorischen Schutz genieße. Die Veräußerung des Nießbrauches im Wege des Verkaufes und der Schenkung habe im Wesentlichen keine andere Bedeutung, als eine bloße Verpachtung[1]). Diese Konstruktion, die die Bedürfnisse des praktischen Lebens ebenso übersah, wie die Quellenäußerungen[2]), gab zuerst Dernburg dem Aelteren[3]) und vor allem Elvers[4]) zu der Behauptung Anlaß, der Nießbrauch sei nicht bloß der Ausübung, sondern auch dem Rechte nach veräußerlich.

Die Reaktion war der älteren Aufstellung gegenüber erklärlich, aber sie fiel, wie man das ja häufig findet, in das andere Extrem. Es entspricht nämlich weder den Quellen noch dem Wesen des römischen Nießbrauches, daß der Usufruktuar sich zu Gunsten eines anderen als des Eigenthümers seines Rechtes entschlagen könne. Darum hat auch die neuere Literatur fast einhellig den Standpunkt von Elvers und Dernburg verworfen[5]).

---

1) Glück, IX S. 217.

2) l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1.

3) Der Aufsatz: „Kann ein usus fructus übertragen werden?“ in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. 2 S. 56.

4) Elvers, Römische Servitutenlehre, Marburg 1856, § 27 S. 226.

5) Im Hinblick auf die umfangreiche und erschöpfende Behandlung,

Digitized by Google

Neuerdings hat v. Blume[6]) von anderen selbständigen Gesichtspunkten aus den Nachweis zu führen versucht, daß der Nießbrauch auch dem Rechte nach veräußerlich sei.

Unbedingt zuzugeben ist ihm, daß — rein volkswirthschaftlich betrachtet — die Unübertragbarkeit durchaus nicht zum Wesen des Nießbrauches gehört. Aber ein solcher Gesichtspunkt kann für die Beurtheilung der lex lata nicht maßgebend sein. Es bedarf vielmehr des Nachweises, daß positive Rechtssätze bestehen, die die Konstruktion von der Veräußerlichkeit des Rechtes bestätigen. Der nach dieser Richtung hin unternommene Versuch v. Blume's ist aber unseres Ermessens nicht gelungen.

Zwei praktisch geltende Sätze sind es insbesondere, welche die Grundlage der Deduktionen v. Blume's bilden.

1) v. Blume schließt auf die Uebertragbarkeit des Rechtes aus dem angeblich in den Quellen begründeten Satze, daß nach der Ueberlassung der Nutznießung an einen Anderen das weitere Verhalten des Nießbrauchers ohne Einfluß auf den Fortbestand des Nießbrauches und damit des von ihm abgeleiteten Rechtes sei[7]). Dieser Satz ist an und für sich richtig. Aber die Schlußfolgerung, die v. Blume daraus zieht, ist nicht stringent. Die nach dieser Richtung hin erfolgende Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Veräußerers nach dem Kaufabschlusse führt nicht nothwendig zur Annahme einer translativen Uebertragung des Rechtes,

---

die die Ansichten von Dernburg und Elvers in der modernen Literatur gefunden haben, erübrigt es sich, näher auf dieselben einzugehen. Es genügt eine Verweisung darauf, vergl. insbesondere v. Bangerow, Pandekten Bd. 1 S. 738.

6) v. Blume, Die Uebertragung des Nießbrauches in Jhering's Jahrbüchern Bd. 34 S. 281 ff.

7) v. Blume a. a. S. 318.

Digitized by Google

die gerade bewieſen werden ſollte. Dies zeigt deutlich das Verhältniß des Eigenthümers zu dem Nießbraucher.

Der Satz, auf dem die Erwägungen v. Blume's baſiren, iſt, wie geſagt, materiell richtig, aber quellenmäßig iſt er nicht zu belegen. v. Blume leitet ihn allerdings aus l. 29 § 1 D. quibus modis ususfructus amittatur 7, 4 her.

> Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: — — — Sed si emptum a me usumfructum proprietarius vendidisset, amitterem usumfructum, quaerendum est, et puto amitti, quoniam hic non ut a me empto fruitur fundi emptor.

Aus dieſem Fragment iſt aber nur zu entnehmen, daß das Verhalten des Nießbrauchscеſſionars den Beſtand des Nießbrauches beeinfluſſen könne, nicht daß das Verhalten des Nießbrauchers (Cedenten) ohne Einfluß ſei auf die Dauer des von ihm abgeleiteten Rechtes.

Aus der Erkenntniß aber, daß die angezogene lex dem Nießbrauchs-Ceſſionar die Dispoſitionsfähigkeit über den Beſtand und die Dauer des Rechtes zugeſteht, laſſen ſich weitere Schlüſſe nicht ziehen. Denn wie wir weiter unten [8]) nachzuweiſen verſuchen werden, iſt die genannte Beſtimmung eine Anomalie — und Anomalien ſind ſteril. Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias.

Aber auch aus einem anderen Grunde eignet ſich die gedachte Stelle nicht zu dem Beweiſe dafür, daß der Nießbrauch dem Rechte nach veräußerlich ſei. Denn die ſeitens des Nießbrauchers an den Eigenthümer erfolgende Veräußerung des Nießbrauches, die ja den Thatbeſtand der lex bildet, müßte nach den allgemeinen Regeln zur Konſolidation führen, während

8) S. 276.

Digitized by Google

in der That der übertragene Nießbrauch auch in den Händen des Eigenthümers weiter besteht.

2) Eine fernere Stütze findet die Annahme der Veräußerlichkeit des Rechtes nach v. Blume[9]) in dem Satze, daß das Recht des Nießbrauchskäufers nicht untergeht durch andere als die voraussehbaren Erlöschungsgründe des Hauptrechtes z. B. in Folge Beerbung des Eigenthümers durch den Nießbraucher, des Nießbrauchers durch den Eigenthümer, in Folge Rückübertragung an den Eigenthümer und Dereliktion. Auch dieser Satz ist an und für sich richtig und hat auch in der Praxis Anerkennung gefunden[10]). Aber gerechtfertigt ist der Schluß, den v. Blume daraus zieht, ebensowenig wie der Vorwurf der Inkonsequenz, den er dem Reichsgericht darum macht, weil es, ohne die Uebertragbarkeit des Rechtes anzuerkennen, das abgetretene Nutzungsrecht den ursprünglichen Nießbrauch überdauern läßt. Dies sei an dieser Stelle nur konstatirt. Die nähere Begründung bleibt einer späteren Ausführung vorbehalten[11]), da sie nur in Zusammenhang mit den folgenden Untersuchungen gegeben werden kann.

Rechtfertigen also die positiven Rechtssätze nicht die Konstruktion der translativen Uebertragung des Nießbrauchs, so kann hierfür der Hinweis auf allgemeine Entwickelungsprinzipien (Unübertragbarkeit — konstitutive — translative Uebertragbarkeit eines Rechtes) gewiß nicht genügen. Dies um so weniger, als es sich dabei immer um eine Frage von aktueller praktischer Bedeutung handelt. Denn von einem rein theoretischen Prinzipienstreit[12]) kann man nicht sprechen

9) a. a. O. S. 319.

10) Das Urtheil des Reichsgerichts v. 11. Mai 1896, Entscheidungen in Civilsachen Bd. 16. S. 112 ff.

11) S. 274, insbesondere auch die Anm. 2.

12) v. Blume, a. a. O. S. 282.

Digitized by Google

angesichts der Thatsache, daß der zweite Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, der geltendes Recht zu werden verspricht, die nackte Bestimmung enthält: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar“ [13]).

Eine Vermittelung zwischen der von Dernburg d. Ae. und Elvers aufgestellten und jüngst von v. Blume aufgenommenen Theorie der Uebertragbarkeit des Rechtes einerseits und der älteren Doktrin, die nur eine obligatorisch geschützte Uebertragung der Ausübung kannte, anderseits, bahnte Arndts [14]) an. In Würdigung der oben citirten l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1 gewährt er dem Nießbrauchskäufer dingliche Klagen, aber nur insoweit, als sie ihm vom Klageberechtigten cedirt sind; man müsse nun annehmen, daß durch das Veräußerungsgeschäft implicite die Cession aller Klagen stattgefunden habe. Daraus folgt, daß die Klagen nicht geltend gemacht werden können gegen den veräußernden Nießbraucher selbst. Würde ferner der Usufruktuar den Nießbrauch später einem Anderen cediren, so hätte der erste Nießbrauchscessionar zwar eine actio gegen den zweiten, er würde aber mit einer exceptio, die letzterem gegen den Cedenten zusteht, zurückgewiesen werden. Die gedachten Konsequenzen zieht Arndts selbst. Der dingliche Schutz ist aber unter diesen Umständen sehr illusorisch [15]).

Einen Schritt weiter geht Windscheid [16]). Der Erwerber des Nießbrauches mache zwar das fremde Recht, aber in eigenem Namen, geltend, ebenso wie der Cessionar einer

13) § 968.

14) Linde's Zeitschrift, N. F. Bd. 8 S. 88 ff.

15) Gegen die Arndts'sche Ansicht wendet sich in treffender Polemik v. Blume a. a. O. S. 310 ff.

16) Windscheid, Die actio des römischen Civilrechts, Düsseldorf 1856, S. 135 ff., ebenso Albert Schmid, Die Grundlehren der Cession, Braunschweig 1866, Bd. 2 S. 340 ff.

Digitized by Google

Forderung; darum sei die Klage auch gegen den eigentlich Berechtigten selbst möglich. Wir können uns mit dem Gedanken nicht befreunden, daß ein subjektives Recht, in welcher Form auch immer, gegen den Berechtigten selbst geltend gemacht werden könne.

Auf einem ähnlichen Standpunkte steht Dernburg[17]). Das Verhältniß, führt er aus, habe eine Doppelstellung, eine dingliche und obligatorische Seite, die sich nicht auf einen Nenner bringen lassen. Diese Erklärung kann nicht im mindesten befriedigen. Es werden hierbei die äußeren Erscheinungen wohl berücksichtigt, auf die uns die Quellen hinweisen, aber erklärt und begründet werden sie nicht.

Die Anschauungen von Windscheid und Dernburg können heute als die herrschenden bezeichnet werden.

§ 3. Historische Entwickelung des Nießbrauchsverkaufes.

Um eine Stellung zu unserer Frage zu gewinnen, erscheint es angebracht, vorerst die Aeußerungen der Digesten, die uns hauptsächlich über das behandelte Rechtsverhältniß Auskunft geben, in historischer Reihenfolge näher zu untersuchen.

Der älteste in den Quellen genannte Schriftsteller, der sich mit unserer Frage beschäftigt, ist Pomponius. In seinem achten Buche ad Quintum Mucium[1]) sagt er:

Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario

17) Heinrich Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes, Leipzig 1860, Bd. 1 S. 485.

1) l. 66 D. de iure dot. 23, 3.

Digitized by Google

cedi non posse nisi domino proprietatis, et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Wir sehen also, das alte Recht kennt die Abtretung des Nießbrauches an einen Dritten mit Cessionswirkung überhaupt nicht. In Fortentwickelung dieses alten Rechtes wird aber in der eben citirten Stelle der Ehefrau, der unter der Form des Scheinkaufes die dos zurückerstattet wird, die Ausübung des Nießbrauches, welcher Gegenstand der dos gewesen war, eingeräumt. Das Recht der Ausübung ist nur ein obligatorisches. Dies folgt allerdings nicht zwingend aus den Worten ipsum ius remanet penes maritum [2]). Man ersieht es aber aus der Parallelstellung mit der Vermiethung und aus einer ähnlichen Stelle des Marcellus, die ebenfalls die Rückgabe einer dos, welche in einem ususfructus bestanden hat, behandelt.

L. 57 D. soluto matrimon. 24, 3: Marcellus libro septimo digestorum: Usu fructu in dotem dato si divortium intervenerit, nec proprietas rei apud maritum vel mulierem sit, eam dotis esse restitutionem, ut maritus caveat, quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius [3]).

2) Darüber weiter unten S. 261.

3) Elvers, a. a. O. S. 246, will aus den in demselben Fragment enthaltenen Worten: cautionibus interpositis, ut sicut potest, vir iure suo cedat mulieri fruique eam patiatur" — den Schluß ziehen, daß das Nieß-

Nächſtdem hat ſich, abgeſehen von Julian, der nur mit einem kurzen Fragmente excerpirt iſt [4]), vor allem Ulpian mit der Möglichkeit der Nießbrauchsveräußerung beſchäftigt [5]). Ueber die Form des Verkaufes, vor allem über über die rechtliche Stellung des Käufers, ſagen auch dieſe Stellen nichts. Eine Aufklärung darüber giebt uns dagegen das für unſere Frage hochwichtige Fragment aus Marcian, der etwas ſpäter als Ulpian ſchrieb; l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1. Die — bereits oben citierte — Stelle lautet:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: — — Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet; et scribit Papinianus libro undecimo responsorum, tuendum creditorem et, si velit cum creditore proprietarius agere „non esse ei ius uti frui invito se" — tali exceptione eum praetor tuebitur „si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit": nam et cum emptorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur?

Hier gewährt alſo Marcian dem Pfandgläubiger einen dinglichen Schutz durch Ertheilung einer exceptio und, wenn dies auch nicht ausdrücklich ausgeſprochen iſt, einer actio [6]),

---

brauchsrecht übertragen werde. Das „sicut potest" bedeutet aber nicht „wozu er auch im Stande iſt", ſondern „ſoweit er es kann". Anderenfalls würde der Satz „fruique eam patiatur" gänzlich überflüſſig und unverſtändlich ſein.

4) l. 67 D. de usufr. 7, 1.

5) l. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1; l. 29 pr. und § 1 quibus mod. usufr. amitt. 7, 4; l. 3 § 5 D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9; l. 8 pr. D. de reb. auct. 42, 5; l. 28 § 11 D. ad. leg. Iul. de adult. 48, 5.

6) Vergl. Arndts a. a. O. S. 100.

Digitized by Google

und er rechtfertigt es damit, daß der Prätor auch den Käufer eines Nießbrauches dinglich ſchütze[7]).

Das Bild der allmählichen Entwickelung unſeres Rechtsverhältniſſes entrollt ſich deutlich vor unſeren Augen. Die Veräußerlichkeit des ususfructus wird zuerſt ganz ſchüchtern, in den beſcheidenſten Grenzen, anerkannt. Die Ausübung des Nießbrauches wird dem Erwerber nur als obligatoriſches Recht eingeräumt. Der entwickelte Verkehr macht eine beſſere Verwerthung des Nießbrauchsrechtes nothwendig. Dieſe kann aber nur erreicht werden, wenn die wirthſchaftliche Poſition des Erwerbers eine beſſere, vor allem ſicherere wird. Da greift der Prätor ein. Wie es ſeine Art iſt, reformirt er nicht radikal. Schrittweiſe, den neuen Verhältniſſen, den veränderten Anſchauungen und dem modernen Verkehre Rechnung tragend, giebt er dem Käufer zunächſt nur ein Vertheidigungsmittel, die exceptio; und erſt wenn die neuen Formen gefeſtigt und die alten überlebten Formen verdrängt ſind, giebt er auch das Mittel, das Recht angriffsweiſe geltend zu machen.

Der Nießbrauchskäufer hat zur Zeit Marcian's eine exceptio erhalten. Damit iſt die Grundlage für die neue Entwickelung gelegt; der dingliche Schutz des Nießbrauchserwerbers iſt prinzipiell anerkannt.

§ 4. Begriff, Weſen und Gegenſtand der Veräußerung.

War einmal ein dinglicher Schutz eingeführt, ſo war damit anerkannt, daß auch das Recht des Nießbrauchskäufers

---

7) Merkwürdiger Weiſe nimmt Elvers a. a. O. S. 249 an, daß eine Fortbildung des Rechtes angeknüpft habe an die Verpfändung des ususfructus, daß dieſe alſo älter ſei als der Verkauf. Dem widerſtreitet offenbar der Text der oben citirten lex.

ein dingliches geworden war. Denn dinglichen Klagen muß, sofern sie nicht cedirte sind, ein dingliches Recht zu Grunde liegen. Daraus könnte man, wie es z. B. Elvers a. a. O. thut, schließen, daß der Nießbrauchskäufer das Recht des veräußernden Usufruktuars erwirbt — wenn nicht eine derartige Schlußfolgerung dem Wesen des römischen Nießbrauchs widersprechen würde. Es muß vielmehr eine Form gesucht werden, die es im Anschluß an den Satz des Pomponius: „ut ius quidem remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat" ermöglicht, daß das ursprüngliche Nießbrauchsrecht bei dem Nießbraucher verbleibt, während der Nießbrauchserwerber auch seinerseits ein selbständiges dingliches Recht erhält. Diese glauben wir durch folgende Erwägung zu finden.

Verkauft wird, wie wir bereits in der Einleitung bemerkten, der materielle Gehalt des Nießbrauchsrechtes, die wirtschaftliche Nutzung, hier ebenso wie in dem Falle der Bestellung des Nießbrauches durch den Eigenthümer. Durch den Verkauf wird, wie wir ferner gesehen haben, ein dingliches Recht des Käufers begründet. Ein dingliches Recht auf die Nutzung einer fremden Sache, ein ius utendi fruendi re aliena, kann aber nur als Nießbrauchsrecht gedacht werden. Der Verkauf des Nießbrauches ist daher nichts anderes, als die Bestellung eines solchen an der dem Nießbrauche des Veräußerers unterworfenen Sache.

Rein begrifflich läßt sich gegen diese Aufstellung wohl schwerlich etwas einwenden. Wenn der Eigenthümer einem Dritten die vollständige Nutzung einer Sache einräumen kann, während er selbst das des Gebrauchswerthes vollständig entblößte Eigenthumsrecht, die nuda proprietas, behält, warum soll nicht analog der Nießbraucher im Bereiche seiner Be-

Digitized by Google

fugniſſe einem Dritten die Nutzung der Nießbrauchsſache als Recht einräumen dürfen und ſelbſt nur das nudum ius behalten?

Die Berechtigung einer derartigen Anſicht erkennt, allerdings ohne das Recht des Nießbrauchserwerbers in unſerem Sinne zu geſtalten, Kohler an, indem er ſagt: „Das Recht des Nießbrauchskäufers iſt ein ſelbſtändiges dingliches Recht in dem Umfange des Hauptrechtes, aber ein dingliches Recht, welches das Hauptrecht nicht abſorbirt, ſondern nur zurückdrängt, ebenſo wie das Hauptrecht ſelbſt das Eigenthum“ [1]) — und an einer anderen Stelle [2]): „Das Nebenrecht verhält ſich zum Hauptrecht, wie das ius in re zum Eigenthum.“

Das nudum ius iſt ebenſowenig wie die nuda proprietas ein Begriff, der in der Luft ſchwebt [3]) und im praktiſchen Leben überflüſſig wäre. Es iſt vielmehr die Quelle von Rechten und Pflichten des Veräußerers; von Rechten, inſofern der Verkäufer jedem Dritten gegenüber die Befugniſſe des Uſufruktuars behält, z. B. ſelbſtändig klagen kann, von Pflichten, indem durch den Verkauf ſein Verhältniß zu dem Eigenthümer unberührt bleibt. Daraus reſultirt insbeſondere eine weitere Haftpflicht [4]) und das Beſtehenbleiben der cautio usufructuaria. Ueber die Bedeutung des nudum ius bezüglich des Unterganges und der Erſitzung ſoll weiter unten gehandelt werden [5]).

1) Kohler, Pfandrechtliche Forſchungen, Jena 1882 S. 191.

2) Kohler, a. a. O. S. 192.

3) Vergl. auch R.G. (Entſch. in Civilſachen) Bd. 6 S. 211: Der Einwand des Berufungsgerichts, daß das Nutzungsrecht, abgelöſt von ſeinen realen Erträgen als ein rein ideeller Begriff überhaupt keinen Vermögenswerth habe und daher das Vermögen einer Perſon auch nicht vermehren könne, iſt nicht zutreffend, da die Entſtehung eines Vermögensrechtes ohne Rückſicht auf deſſen Werth im rechtlichen Sinne immer eine Vermögensvermehrung bewirkt.

4) Vergl. weiter unten S. 272.

5) S. 270 u. 274.

Digitized by Google

Wie ſtellen ſich nun die Quellen zu unſerer Behauptung, daß der Nießbraucher befugt ſei, ſeinerſeits einen ususfructus an der Nießbrauchsſache zu beſtellen?

Gegen dieſelbe könnte zunächſt der Satz angeführt werden: Servitus servitutis esse non potest [6]).

Es iſt hier nicht der Ort, auf die vielen Streitfragen einzugehen, die ſich an die Auslegung dieſes Quellenſatzes knüpfen [7]). Das erſcheint uns jedoch richtig, daß die Stelle nur die Unmöglichkeit ausſpricht, ein Servitutenrecht an einem Servitutenrecht zu beſtellen, dagegen nicht verbietet, daß an der Nießbrauchsſache eine neue Servitut beſtellt werde [8]).

Weit mehr Bedenken als der Satz: „servitus servitutis esse non potest" könnten die leges 15 § 7 — l. 17 pr. D. de usufructu 7, 1 erregen.

Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum: — — Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius nec amittere servitutem; adquirere plane servitutem eum posse etiam invito fructuario Iulianus scripsit; quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest: et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem

---

6) l. 33 § 1 D. de serv. praed. rust. 8, 3; l. 1 D. de usufr. leg. 33, 2.

7) Sie werden gut zuſammengeſtellt von Hanauſek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht, 1879, S. 82 ff.

8) Dies wurde ſchon in der älteren Theorie anerkannt von Glück, IX S. 52, Stever, De servitutibus praedlorum, Roſtock 1817 u. 1820 Cap. VI § 16, und Hugo im Civiliſtiſchen Magazin, Bd. 2 S. 342. Adolf Schmidt in Bekker und Muther's Jahrbuch, Bd. 3 S. 259 ff., insbeſondere Anm. 27, und Dernburg, Pandekten (3. Aufl. 1892) S. 562 Anm. 14, beſtreiten überhaupt die gemeinrechtliche Geltung dieſes Satzes.

Digitized by Google

consentiente fructuario servitutem imponere potest.

L. 16 Paulus libro tertio ad Sabinum: nisi per quam deterior fructuarii condicio non fiat, veluti si talem servitutem vicino concesserit ius sibi non esse altius tollere.

L. 17 Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum: Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario: et hoc verum est favore religionis.

Ueber den Inhalt und die praktische Bedeutung dieser Stellen besteht eine geradezu verblüffende Meinungsverschiedenheit [9]). Die Einen wollen Worte eliminiren, Andere, welche hinzusetzen, noch Andere erklären, — wohl nicht mit Unrecht — diese Sätze im justinianischen Rechte für antiquirt.

Enthielten daher die citirten Fragmente ein Argument, das unsere Behauptung entkräften könnte, so würde man immer noch die Beweiskraft desselben ernstlich in Frage stellen dürfen. Aber wir brauchen dieses Mittel gar nicht. Unseres Erachtens sagt die Stelle mit keinem Worte, daß der Usufruktuar nicht einen Nießbrauch an der Nießbrauchssache bestellen könne. Sie sagt:

1) Der Eigenthümer kann
   a) ohne Willen des Nießbrauchers
      α) keine Servitut auf die Sache legen,
      β) keine Servitut, die der Sache zusteht, verlieren, aber
      γ) eine Servitut erwerben;
   b) mit Willen des Nießbrauchers keine Servitut bestellen, die dem Nießbraucher schadet.
2) Der Nießbraucher kann
   a) keine Servitut erwerben,

9) Glück, IX S. 52 ff.

b) aber eine bestehende wohl erhalten; dazu ist er sogar verpflichtet.

Also kein Wort darüber, daß der Nießbraucher keine Servitut auf die Sache — in den Grenzen seines Rechtes — legen könne. Bestände dieses Verbot, so würde es, das muß man annehmen, gerade hier genannt sein, wo die bezüglichen Befugnisse des Nießbrauchers so detaillirt geschildert sind. Den einzigen Anhaltspunkt für die gegnerische Behauptung bildet der vielumstrittene Satz: Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. Wie ist dieser Satz, welcher dem im römischen Rechte besonders stark betonten Grundsatz von der Freiheit der Willensbestimmung geradezu ins Gesicht schlägt, in die Pandekten gekommen?

Das Richtige dürfte Folgendes sein. Der Eigenthümer darf keine Servitut an der Sache bestellen, deren ungeschmälerte Nutzung er einem Anderen als Nießbrauchsrecht eingeräumt hat. Der Nießbraucher anderseits kann über das Grundstück nur nach den Zwecken seines Nießbrauchsrechtes verfügen, und auch nur in den Grenzen seines Rechtes; daher kann er keine Servitut an dem Grundstücke bestellen, die sein Recht überdauert. Also, war der konsequente Schluß Ulpians, kann auch das Zusammenwirken des Eigenthümers und Nießbrauchers niemals eine Servitut giltig zu Stande bringen. Eine Ausnahme wird nur favore religionis dann gemacht, wenn es sich um einen Platz zur Grabstätte handelt. Die Kompilatoren scheuten sich nun, diese logisch unangreifbare, aber praktisch durchaus unbrauchbare Aufstellung konsequent durchzuführen und schoben deshalb ein Fragment aus Paulus (ex libro tertio ad Sabinum) ein, der im Gegensatz zu Ulpian die mehr billige als folgerichtige Meinung vertrat, daß eine solche Willensbeschränkung des Nießbrauchers nur dann angängig sei, wenn das Geschäft dessen Lage verschlechtern könne.

Digitized by Google

Die Stelle beweist also höchstens, daß der Nießbraucher keine Servitut auf das Grundstück legen dürfe, die sein Recht überdauert. Daraus darf man gewiß nicht den Schluß ziehen, daß ihm dies in den Grenzen seines Rechtes verboten sei.

Die ganze Stellung des Nießbrauchers, sein Recht, die Sache inhaltlich unbeschränkt zu benutzen, weist uns im Gegentheil mit aller Deutlichkeit auf eine derartige Befugniß hin.

Untersuchen wir noch, wie die Literatur dieses Recht des Usufruktuars behandelt, so steht die ältere fast einmüthig auf dem Standpunkte, daß ihm dasselbe nicht zustehe[10]). Von Neueren hält Windscheid[11]) einen Nießbrauch am Nießbrauch für möglich, aber in dem Sinne, daß der neue Nießbraucher das fremde Nießbrauchsrecht im eigenen Namen geltend mache. Elvers[12]), Hanausek[13]), Bürkel[14]) und Exner[15]) konstruiren den Nießbrauch am Nießbrauch in der Art, daß sie eine Veräußerung dem Rechte (Elvers) bezw. der Ausübung nach unter der Resolutivbedingung annehmen, daß die allgemeinen Endigungsgründe des Nießbrauchs in der Person des Käufers dessen Recht ipso iure beendigen sollten. Wir meinen nun gerade umgekehrt nachgewiesen zu haben, daß jede Veräußerung des Nießbrauches im Zweifel eine Bestellung desselben bedeutet.

Nun finden sich aber eine Anzahl Quellenstellen, die nicht von dieser Voraussetzung ausgegangen sind, weil, wie wir

10) Glück, IX S. 42.

11) Windscheid, Pandekten (1891) § 206.

12) Elvers a. a. O. S. 256 ff.

13) Hanausek a. a. O. S. 81.

14) Heinrich Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 42 ff.

15) Exner, Kritik des Pfandrechtbegriffs nach römischen Recht (Leipzig 1873) S. 12 Anm. 40 a. E.

Digitized by Google

oben gezeigt haben, das dargestellte Recht erst das Produkt einer allmählichen Entwickelung ist. Haben diese Quellenäußerungen noch einen praktischen Werth und welchen? Nun, sie sind durch die neueren Sätze durchaus nicht aufgehoben. Die letzteren sind vielmehr neben sie getreten. Beide haben ihre selbständige Bedeutung; denn die Rechtsverhältnisse, die sie regeln, sind verschieden. Die neue Form der Veräußerung hat die alte nicht gänzlich verdrängt. Es ist möglich und häufig auch sehr praktisch, dem Erwerber nur ein obligatorisches Recht auf Ausübung des fremden Rechtes einzuräumen; es ist dies sogar, wie wir weiter unten sehen werden, in gewissen Fällen die einzige Form.

Ist sie aber gewählt, so wird eben nur ein persönliches Recht des Nießbrauchscessionars begründet; dieser hat dann die Rechtsstellung, die die ältere Theorie jedem Nießbrauchskäufer zugewiesen hat; der Verkauf des Nießbrauches hat dann im wesentlichen keine andere Bedeutung als die bloße Verpachtung. Ist dagegen der andere Weg eingeschlagen, so wird damit eine unbedingt selbständige dingliche Stellung des Erwerbers begründet.

Was in der Mitte liegt, ist zwitterhaft und kann höchstens als der Ausdruck eines im Uebergang begriffenen, mit der Entwickelung ringenden Rechtszustandes angesehen werden.

Zweite Abtheilung. **Die einzelnen Rechtsverhältnisse.**

Nachdem der Begriff und das Wesen der Nießbrauchsveräußerung festgestellt ist, ist zu untersuchen, wie sich die Rechtsverhältnisse im Einzelnen gestalten. Wir scheiden hierbei den Fall aus, wo die Ausübung des fremden Nießbrauches dem Erwerber nur obligatorisch zusteht. Er erledigt sich einfach nach den allgemeinen Grundsätzen, und bietet kein besonderes juristisches Interesse. Gegenstand unserer Untersuchung ist nur

Digitized by Google

die Bestellung des Nießbrauches durch den Nießbraucher, die im Zweifel als gewollt angesehen werden muß, wenn von einer Veräußerung des Nießbrauches die Rede ist. Es ist klar, daß, wenn unsere Auffassung richtig ist, weniger die Grundsätze des Verkaufes Anwendung finden, als die des ususfructus resp. jene nur soweit, als sie bei jedem entgeltlich bestellten Nießbrauche Platz greifen. Wir kommen so zu Konsequenzen, die, weil sie praktisch unentbehrlich sind, ihrem wesentlichen Inhalte nach meist schon gezogen sind, freilich ohne daß dafür eine feste theoretische Grundlage bestanden hätte.

§ 5. Die Entstehungsarten des abgetretenen Nießbrauchs.

Die vier Entstehungsarten, die für jeden Nießbrauch in der Regel genannt werden, kommen auch für unseren in Betracht, Rechtsgeschäft, Ersitzung, Gesetz und Richterspruch.

a) Was zunächst die normale Begründungsform, nämlich die vertragsmäßige Bestellung betrifft, so ist dazu natürlich in erster Linie der Nießbraucher befugt; er ist dazu berechtigt auch gegen den Willen des Eigenthümers [1]).

Ist er noch unmündig, so kann für ihn der Vormund den Nießbrauch nicht bestellen, wenn es sich um ein Immobile handelt. Denn das Verbot der Veräußerung von Grundstücken durch die Oratio Severi ist, wie l. 3 § 5 D. de reb. eor. qui sub tutela deutlich ausspricht, auch auf die Veräußerung des Nießbrauches sowohl durch den Eigenthümer als auch durch den Nießbraucher ausgedehnt worden. Heute ist

1) l. 67 D. de usufr. 7, 1.

dementsprechend zur Veräußerung eine obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich.

Auch der Inhaber eines gesetzlichen Nießbrauchsrechtes kann ohne Frage einen Afternießbrauch bestellen. Für den Fall des Konkurses kommen hier die Bestimmungen des § 1 Abs. 2 der Konkursordnung zur Anwendung. Nach diesen fällt zwar der gesetzliche Nießbrauch in die Konkursmasse; jedoch darf der Gemeinschuldner aus den Nutzungen die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Außer dem Usufruktuar kann auch der Pfandgläubiger, dem der Nießbrauch verpfändet ist, diesen zum Zwecke der Befriedigung veräußern.

Die Fähigkeit, den Nießbrauch vom Usufruktuar zu *erwerben*, hat Jeder — nur nicht der *Eigenthümer* der Sache. Denn sonst würde er einen Nießbrauch an eigener Sache besitzen, und dies widerspricht offenbar dem Satze: Nemini res sua servit. Und doch erwähnen die Quellen den Kauf des Nießbrauches durch den Eigenthümer [2]). Wir sind genöthigt und auch berechtigt, anzunehmen, daß wir es in diesem Falle nur mit einer obligatorisch gesicherten Einräumung des Nießbrauches zu thun haben. Die Stellung des Eigenthümers ist auch sonst eine anomale z. B. in Bezug auf den Untergang durch Nichtgebrauch [3]), und die Nothwendigkeit, ihn dinglich zu schützen, auch nicht vorhanden. Denn kraft seines Eigenthumsrechtes hat er ohnedies eine dingliche Beziehung zur Sache; er ist durch die rei vindicatio geschützt

2) l. 29 pr. qu. mod. usufr. amitt. 7, 4.

3) Davon weiter unten S. 276 ff; vergl. dazu auch oben S. 254.

Digitized by Google

und kann in Folge deſſen die confessoria, die ſonſt dem Nießbrauchserwerber zuſteht, ſehr gut entbehren.

Einige Inkonvenienzen ergeben ſich allerdings, wenn der Nießbraucher in Konkurs fällt. Dann gehört der Nießbrauch, auf deſſen Ausübung der Proprietar ein perſönliches Recht hat, zu der Konkursmaſſe, und der Eigenthümer hat nur einen Anſpruch auf die Dividende des Werthes. Dieſe Abweichung von der ſonſtigen Stellung des Nießbrauchskäufers darf uns bei der anomalen Geſtaltung ſeiner Rechtslage nicht überraſchen.

b) Auch eine Erſitzung unſeres Nießbrauchsrechts iſt denkbar.

Zwar ſollte man meinen, daß wer einen ususfructus erſitzt, ihn *immer* in dem Umfange erwirbt, als wäre er ihm vom Eigenthümer beſtellt worden.

Dies iſt jedoch nicht der Fall, wenn der Nießbraucher den Nießbrauch veräußert hat und der Käufer ſein Recht nicht ausübt und ſo dem Uſucapienten die Gelegenheit zur Erſitzung giebt. Denn das Recht des urſprünglichen Nießbrauchers kann dadurch nicht leiden, daß der Erwerber die Ausübung *ſeines* Rechtes vernachläſſigt; dies ſagen deutlich l. 12 § 2, l. 38—39 D. de usufr. 7, 1 [4]).

Sollte darum eine Erſitzung ganz ohne Wirkung ſein? Gewiß nicht. Aber ſie findet nur zu Laſten des nicht gebrauchenden Käufers ſtatt. Erſeſſen werden kann nur *deſſen* Recht, während das nudum ius ususfructus bei dem Veräußerer bleibt — ein eklatantes Beiſpiel für die juriſtiſche und praktiſche Bedeutung dieſes nudum ius!

c) Schließlich kann auch durch Geſetz ein Afternießbrauch begründet werden, wenn nämlich das Vermögen eines Haus-

4) Die näheren Ausführungen darüber ſiehe weiter unten S. 275 u. 276.

Digitized by Google

ſohnes, welches dem geſetzlichen Nießbrauche des Vaters unterliegt, ſelbſt in einem Nießbrauche beſteht oder wenigſtens einen Nießbrauch enthält.

§ 6. Die Rechte und Pflichten des Erwerbers.

Die Rechte und Pflichten des Nießbrauchkäufers beſtimmen ſich nach den für den ususfructus allgemein geltenden Grundſätzen.

1) Der Nießbrauchskäufer hat zunächſt das Recht des Fruchtgenuſſes — ſelbſtändig und unmittelbar. Die Theorie, die nur ein Recht auf Ausübung eines fremden Rechtes kennt, muß ſich mit der Annahme behelfen, daß Beſitz und Eigenthum der perzipirten Früchte zuerſt vom Käufer für den Verkäufer erworben und dann erſt in Folge der vom Verkäufer gewollten ſtillſchweigenden brevi manu traditio auf den Käufer übertragen werden [1]). Es iſt dies charakteriſtiſch für das Beſtreben, Rechtsſätze aufzuſtellen, deren man vom Geſichtspunkte des praktiſchen Bedürfniſſes aus nicht entrathen kann und für welche die Theorie doch keine rechte Handhabe bietet [2]).

Der Nießbrauchskäufer hat ferner das Gebrauchsrecht und ſchließlich das Recht auf Innehabung, den Rechtsbeſitz [3]).

Hervorgehoben muß noch werden, daß der Nießbrauchskäufer gleichfalls die Befugniß hat, die wirthſchaftliche Nutzung

1) Albert Schmid, Die Grundlehren der Ceſſion S. 241 a. E. u. ff.

2) Vergl. auch Kohler a. a. O. S. 192.

3) Auch Quaſibeſitz übt er nach der genannten Theorie nur im Namen des Verkäufers aus. Schmid a. a. O. beruft ſich zum Beweis hierfür auf die ſchon zitirten l. 12 § 2 u. ll. 38—39 D. de usufr. 7, 1. Aber das retinere usumfructum und das uti nomine fructuarii iſt, wie aus dem Zuſammenhange unzweideutig hervorgeht, hier nur unter dem Geſichtswinkel eines möglichen Verluſtes durch non usus zu verſtehen. Dies beweiſt auch l. 29 pr. D. quibus modis ususfructus amittitur 7, 4.

Digitized by Google

zu veräußern. Dieser zweite usus fructus ist von bedeutend geringerem ökonomischen Werthe, da er in seinem Bestande abhängig ist von den Erlöschungsgründen auch nur eines der beiden vorhergehenden Rechte.

2) Von den Verpflichtungen des Nießbrauchkäufers ist die wichtigste die der Kautionsleistung. Sie ist nach unserer Aufstellung ganz selbstverständlich, und deshalb darf es uns nicht wundern, wenn sie in den Quellen nicht besonders erwähnt ist [4]).

Der Erwerber hat ferner die Pflicht, die Sache als guter Wirth zu behandeln und nach Beendigung des Nießbrauches ein Inventar aufzunehmen. Hier erhebt sich die Frage, inwieweit der erste Usufruktuar dem Eigenthümer resp. die folgenden Nießbrauchkäufer ihren Auctoren für schuldhaftes Verhalten der Nießbraucherwerber einstehen. Da sie ohne Zweifel zur Weiterveräußerung berechtigt, aber anderseits ihrem Auctor zur civilen Ausübung des Rechtes verpflichtet sind, dürfte eine Haftung für culpa in eligendo am Platze sein [5]).

3) Der Nießbrauchkäufer wird durch selbständige dingliche Rechtsmittel geschützt.

Den Quasibesitz vertheidigt er durch das interdictum uti possidetis und interdictum de vi utile gemeinrechtlich auch durch das possessorium ordinarium und die Spolienklage [6]).

Zur Behauptung seines Rechtes steht ihm eine dingliche Klage zu. Die Quellen erwähnen eine derartige actio nicht, sondern weisen nur auf das Vorhandensein einer exceptio hin. Es ist jedoch allgemein — und zwar mit vollem Rechte —

4) Darauf macht Dernburg aufmerksam Pandekten § 246 Anm. 10.

5) Siehe auch Kohler a. a. O.

6) Vergl. Dernburg, Pandekten § 257.

Digitized by Google

anerkannt, daß man von der exceptio auf die actio ſchließen dürfe[7]). Was die Geſtaltung der Klage betrifft, ſo iſt ſie ſowohl als eine der actio confessoria genau nachgebildete utilis confessoria wie als actio in factum denkbar.

§ 7. Die Beendigung des Rechtes.

Der von dem Nießbraucher beſtellte ususfructus iſt in ſeinem Beſtande von viel mehr äußeren Umſtänden bedroht als der durch den Eigenthümer begründete. Denn für ihn werden außer den allgemeinen Urſachen ſeines Unterganges theilweiſe die Endigungsgründe wirkſam, die das beim Veräußerer zurückgebliebene nudum ius treffen. Wir haben nun zu prüfen, wann der Untergang des Rechtes des Veräußerers auch den Untergang des Rechtes des Erwerbers zur Folge hat.

I. Stets wird das Recht des Nießbrauchskäufers durch den Tod des Veräußerers beendigt werden. Denn der urſprüngliche Nießbraucher konnte über die Nießbrauchsſache nur in den Grenzen ſeiner Befugniß verfügen, und dieſe erreicht mit ſeinem Tode ihr Ende. „Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.“

Dieſer Endigungsgrund iſt allgemein als ſolcher anerkannt, ebenſo wie der Untergang des vom Uſufruktuar gekauften Nießbrauches durch mutatio rei. Dagegen wird weder der Verzicht des veräußernden Nießbrauchers das Recht des Erwerbers ſchmälern können, noch die Konſolidation, die eintritt, wenn der Nießbraucher das Eigenthum oder der Eigenthümer den Nießbrauch erwirbt. Auch dies wird in der Doktrin meiſt angenommen, die Gründe dafür werden jedoch in einer Fiktion geſucht, zu der man aus Rückſichten der Utilität berechtigt zu ſein glaubt. Das Richtige trifft, wenn

7) Vergl. Arndts a. a. O. S. 100.

Digitized by Google

auch von diesem Gesichtspunkte ausgehend, Windscheid[1]), wenn er sagt, der Nießbrauch gehe zwar unter, da aber der Nießbraucher sein Recht nur so übertragen könne, wie er es habe, so dauere das Recht des Erwerbers fort. In der That, der veräußernde Nießbraucher kann, wenn er die wirthschaftliche Nutzung einmal abgetreten hat, nur über das nudum ius verfügen, und dieses konsolidirt sich eben mit dem Eigenthum. Dagegen kann er ebensowenig[1]) wie der Eigenthümer sein Recht, durch irgend welche Handlungen das Recht des Nießbraucherwerbers beeinträchtigen, das selbständig und seinem Inhalte nach von dem Rechte des Veräußerers unabhängig begründet ist[2]).

Ein dritter Erlöschungsgrund des ursprünglichen Nießbrauches, der auf das Recht des Nießbrauchkäufers Einfluß haben könnte, soll der Nichtgebrauch sein. Daß diese Untergangsart wirksam werde, nimmt Windscheid[3]) an. Seine Argumentation ist folgende: In dem besonderen Falle, wo Jemandem ein Nießbrauch vermacht wird mit der Ver-

1) Windscheid, Pandekten § 205 Anm. 4.

2) Auch R. G. Bd. 16 S. 112 hat sich dahin ausgesprochen, daß derjenige, welcher die Ausübung des Nießbrauches einem Dritten übertragen hat, wenn er auch seinerseits dem Eigenthümer sein Recht aufgeben kann, das Recht über die Ausübung des Nießbrauches anderweitig zu disponiren verloren hat. Diese Entscheidung findet ihre ausreichende Erklärung und Begründung in den im Text gegebenen Ausführungen. Es ist daher nicht inkonsequent, wie dies v. Blume a. a. O. S. 319 behauptet, wenn das Reichsgericht trotz dieser Ansicht das Weiterbestehen des ursprünglichen Nießbrauchsrechtes annimmt.

Ist dies aber richtig, so wird auch der Grund für die translative Uebertragung des Nießbrauchsrechtes hinfällig, den von Blume darin findet, daß das abgetretene Recht nicht untergeht durch andere als die voraussehbaren Erlöschungsgründe des Hauptrechts: vergl. hierzu auch die Ausführungen oben S. 255.

3) Windscheid, Die actio S. 135 ff.

Digitized by Google

pflichtung, ihn an einen anderen als Fideikommiß herauszugeben, zweifelt Pomponius [4]), ob durch Nichtausübung des Nießbrauches seitens des Legatars der Nießbrauch des Fideikommissars untergehe. Ulpian schließt sich in dieser Frage der Meinung des Marcellus an, daß der non usus dem Fideikommissar nicht schaden könne. Als Grund für diese Entscheidung wird angeführt, suo enim nomine utilem actionem eum habiturum, d. h. der Fideikommissar wird in diesem Falle genau so behandelt, als wenn der Nießbrauch in seiner Person bestellt wäre [5]). Wird nun, so schließt Windscheid, das Nichterlöschen des Nießbrauches damit gerechtfertigt, daß der Nießbrauchscessionar als Berechtigter angesehen wird, so muß in allen anderen Fällen der Nichtgebrauch von entscheidendem Einfluß sein.

Diese Schlußfolgerung ist nicht überzeugend, und sie ist auch darum zu verwerfen, weil sie mit den Quellen nicht stimmt.

Letztere erklären ausdrücklich, daß das Recht des Uebertragenden selbst dann unberührt bleibe, wenn der Nießbrauchkäufer die Ausübung seines Rechtes unterläßt.

l. 38 D. de usufr. 7, 1 Marcianus libro tertio institutionum: — — quodsi vendidero usumfructum, etiamsi emptor non utatur, videor usumfructum retinere.

Diese Auffassung Marcian's theilt derselbe Pomponius, der in der von Windscheid angezogenen Stelle im Zweifel war [6]). Der Zweifel war in jenem Falle wohl begründet. Denn das Prinzip, demzufolge der non usus des Nießbrauchserwerbers dem Uebertragenden nicht schadet, ist das, daß dieser durch den Kaufpreis den ususfructus wirthschaftlich genießt.

4) l. 29 § 2 qu. mod. ususfr. amitt. 7, 4.

5) l. 4 D. qu. mod. ususfr. amitt. 7, 4. l. 29 D. de usufr. leg. 33, 2.

6) l. 12 § 2 D. de ususfr. 7, 1.

Digitized by Google

l. 39 D. de usufr. 7, 1 Gaius libro septimo ad edictum provinciale: quia qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur, quam qui principali re fruitur.

Davon ist nicht die Rede, wenn die Uebertragung eine einseitig oneröse ist, wie z. B. bei der Schenkung des Nießbrauches.

l. 40 D. h. t. Marcellus libro tertio institutionum: Quodsi donavero, non alias retineo nisi ille utatur.

Der gleiche Fall ist gegeben, wenn ich unentgeltlich den mir vermachten Nießbrauch einem Anderen als Fideikommiß herausgeben muß. Die ratio dubitandi des Pomponius war nun, ob nicht das Recht des Legatars und damit auch des Fideikommissars untergehe, da doch der erstere den ususfructus nicht in einem wirthschaftlichen Aequivalent genieße. Vom Standpunkte der logischen Konsequenz müßte die Frage bejaht werden. Wenn sich trotzdem Ulpian dafür entscheidet, nihil hanc rem fideicommissario nocere, so liegt das eben in dem eigenthümlichen Charakter des besprochenen Rechtsverhältnisses.

Ein Nichtgebrauch des Nießbrauchkäufers ist — von diesem Gesichtspunkte aus — gar nicht denkbar, kann also niemals einen Erlöschungsgrund des Rechtes des Erwerbers bilden[7]).

Mit den zum Beweise dafür citirten l. 12 § 2 und l. 38—40 D. h. t. steht in entschiedenem Widerspruch l. 29 § 1 D. qu. mod. ususfr. amitt. 7, 4:

Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: Sed si emptum a me usumfructum proprietarius vendidisset, amitterem usumfructum quaerendum est, et puto amitti, quoniam hic non ut a me empto fruitur fundi emptor.

Wir werden über die Schwierigkeit der Diskrepanz am besten hinwegkommen, wenn wir in Betracht ziehen, daß Ulpian

7) So auch Dernburg, Pfandrecht Bd. I S. 480, anders wieder Kohler a. a. O. S. 190.

in demselben Buche dasselbe Rechtsverhältniß verschieden beurtheilt. l. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1 (et qui vendit utitur) und die behandelte l. 29 D. qu. mod. ususfr. amitt. 7, 4 stammen beide aus dem liber septimus decimus ad Sabinum. In der einen versagt Ulpian dem Verhalten des Nießbrauchkäufers jeden Einfluß auf die Dauer des Rechtes, in der anderen gesteht er ihm den Einfluß zu. Da wir ein Versehen Ulpians gewiß nicht annehmen dürfen, müssen wir den Grund der in l. 29 D. h. t. enthaltenen, von den allgemeinen Regeln abweichenden Entscheidung darin suchen, daß der Nießbrauchkauf durch den Eigenthümer anomal gestaltet ist.

Der ganze Zusammenhang der Stelle weist schon auf die singuläre Behandlung des von dem Eigenthümer gekauften Nießbrauches hin. Unmittelbar vorher wird die Frage erörtert, ob sich der Nießbrauch erhält, wenn der Miether desselben ihn weiter vermiethet hat. Die Frage wird verschieden beantwortet, je nachdem der Aftervermiether der Eigenthümer ist oder nicht. Im letzteren Falle erhält sich der Nießbrauch, im ersteren nicht. Die Entscheidung wird damit begründet: non enim meo nomine fruitur colonus. Gleich im Anschlusse daran wird die Frage aufgeworfen, ob der Nießbrauch durch non usus erlischt, wenn der Eigenthümer, der den Nießbrauch gekauft hat, diesen weiterveräußert. Die Entscheidung geht dahin, daß er untergehe, quoniam et hic non ut a me empto fruitur fundi emptor. Aus der gleichen Art der Begründung einerseits und anderseits aus der Thatsache, daß für den Fall der Vermiethung die anomale Stellung des Eigenthümers ausdrücklich hervorgehoben wird, darf man den Schluß ziehen, daß Ulpian mit vollem Bewußtsein der Veräußerung des selbst gekauften Nießbrauches durch den Eigenthümer eine andere Bedeutung beimißt, als der Veräußerung durch den Nichteigenthümer.

Digitized by Google

In der That hat diese Sonderstellung auch praktisch etwas für sich. Wer von dem Eigenthümer den Nießbrauch kauft d. h. sich bestellen läßt, kauft ihn stets unter der Voraussetzung, daß es ein ursprünglicher Nießbrauch ist, ein Nießbrauch aus erster Hand; wer ihn vom Nießbraucher kauft, darf annehmen, daß die Dauer seines Nießbrauches sich nach der Dauer des Nießbrauches des Veräußerers richtet. In dieser berechtigten Annahme würde er sich täuschen, wenn der Eigenthümer selbst bloß Cessionar des Nießbrauches ist.

Um den Inkonvenienzen, die sich daran knüpfen, zu begegnen, soll nun das Recht des ursprünglichen Nießbrauchers, obwohl dieser es in dem Kaufpreise genießt, untergehen. Denn erst dadurch ist dem Käufer, der den Nießbrauch von dem Eigenthümer erwarb, die Möglichkeit gegeben, das Nießbrauchsrecht, das er bona fide als ein ursprüngliches erstanden hat, auch allmählich zu einem solchen zu ersitzen.

Wir haben schon häufiger bemerkt, daß die Rechtslage des Eigenthümers, dem die Ausübung des Nießbrauches kaufweise überlassen ist, eine singuläre ist. Das wirthschaftliche Uebergewicht desselben ist so groß, daß der Verkehr nur die Beschränkungen seines Rechtes berücksichtigt, die ihm deutlich erkennbar sind.

Hiermit wären die Erlöschungsgründe erschöpft, die in der Person des Veräußerers wirksam auch auf die Dauer des Nießbrauches des Erwerbers von Einfluß sind.

II. Wir haben nun noch einen Blick auf die Endigungsgründe zu werfen, die sich in der Person des Nießbrauchkäufers verwirklichen.

Hier kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Insbesondere muß der Tod des Nießbraucherwerbers dessen Recht beendigen.

Digitized by Google

Gegen dieſe Behauptung könnte wohl l. 8 § 2 D. de periculo et commodo rei venditae 18, 6 angeführt werden.

Paulus libro trigesimo tertio ad edictum: Cum usumfructum mihi vendis, interest utrum ius utendi fruendi quod solum tuum sit, vendas an vero in ipsum corpus, quod tuum sit, usumfructum mihi vendas. Nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit, heredi autem meo debebitur, si tu vivis; posteriore casu heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit.

Paulus, ſo nehmen wir an, hatte dabei die Veräußerungsform vor Augen, die dem Erwerber nur ein obligatoriſches Recht gewährt, eine Form, die vielleicht zu ſeiner Zeit noch die normale war. Von dieſem Standpunkte iſt ſeine Anſicht nur konſequent. Hält man es aber für richtig, daß ſich im Laufe der Zeit die neue Anſchauung Bahn brach, ſo wird man auch ihre Folgen acceptiren und den Nießbrauch des Erwerbers mit ſeinem Tode endigen laſſen müſſen. Dieſe Konſequenz zu ziehen verbietet das eben citirte Fragment aus Paulus ebenſowenig, wie die oben erwähnten Stellen aus Marcellus und Pomponius [8]) gegen den dinglichen Schutz des Nießbrauchkäufers ſprechen.

Die Härte, die daraus entſtehen konnte, fiel ſchon in der ſpätklaſſiſchen Zeit fort, welche die Möglichkeit der Vererbung des Nießbrauches anerkannte. Denn dann erhält ſich das Recht des Nießbrauchkäufers und ſeiner Erben ſo lange, als das Nießbrauchsrecht bei dem Veräußerer und deſſen Erben bleibt.

Die Grundſätze, die für den Verzicht und die Konſolidation in dem Verhältniß des Proprietars zu dem Uſufruktuar gelten,

8) l. 57 D. sol. matr. 24, 3. l. 66 D. d. iure dot. 23, 3.

Digitized by Google

finden analoge Anwendung für die Beziehung zwischen dem veräußernden und erwerbenden Nießbraucher.

Die Bestellung des Nießbrauchs fällt, da sie nur die Form des Verkaufes der wirthschaftlichen Nutzung ist, auch unter die allgemeinen Regeln des Kaufes. Besonderheiten sind für unseren Fall nicht hervorzuheben [9]).

Anhang.

Zum Schluß sei noch im Kurzen die Stellung charakterisirt, welche die uns in Deutschland hauptsächlich interessirenden Kodifikationen in unserer Frage einnehmen.

Das preußische Recht steht vollkommen auf dem Standpunkte des römischen. A.L.R. Th. I Tit. 21 § 110 sagt:

> Uebrigens kann jeder Nießbraucher sein Nießbrauchsrecht auch durch andere ausüben, das Recht selbst kann er anderen nicht abtreten.

Auch hier wird ein Unterschied gemacht zwischen einer bloß obligatorisch und dinglich geschützten Ueberlassung der Ausübung [1]). Für die Frage, wann wir dieses oder jenes anzunehmen haben, ist das Kriterium sehr einfach. Handelt es sich um eine bewegliche Sache, so erhält der Nießbrauchserwerber ein dingliches Recht, wenn ihm der Besitz der Sache eingeräumt ist, sonst nur ein obligatorisches.

Ist der Nießbrauch an einer unbeweglichen Sache bestellt, so gewinnt der Erwerber eine dingliche Stellung erst durch Eintragung in das Grundbuch. In beiden Fällen, führt Dernburg [2]) aus, übernimmt der Cessionar des Nießbrauches dieselben Pflichten, wie wenn er der Nießbraucher wäre.

---

9) Vergl. im übrigen Elvers a. a. O. S. 251.

1) u. 2) Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1 § 282 Note 14.

Digitized by Google

Dies thut er unserer Ansicht nach eben darum, weil er selbst Nießbraucher ist.

Das französische Recht bestimmt, daß der Nießbrauch dem Rechte nach übertragen werden dürfe, doch so, daß das Recht des Erwerbers seiner Dauer nach von dem Rechte des Veräußerers abhängig bleibt (Code civil art. 595).

Dem französischen Rechte folgte der erste Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Auch er hat die Veräußerlichkeit des Nießbrauchs rechtes ausgesprochen und damit eine Richtung eingeschlagen, die von der bisherigen Entwickelung des Nießbrauchverkaufes im gemeinen Rechte vollkommen abweicht. Und doch werden wir der schneidigen Lösung, welche unsere Frage durch diese Bestimmung erhält, unsere volle Anerkennung zollen müssen. Sie entspricht den Bedürfnissen des praktischen Lebens und den modernen Anschauungen, die den Vermögensobjekten eine möglichst günstige Verwerthbarkeit zu geben bestrebt sind. Dabei gewährt der Entwurf dem Eigenthümer gegen Schäden, die durch leichtsinnigen Verkauf des Nießbrauchsrechtes entstehen könnten, einen Schutz, wie ihn das römische Recht nicht gekannt hat. Während nach diesem der Veräußerer nur für culpa in eligendo einsteht [3]), haftet er nach dem Entwurfe für die Erfüllung der dem Erwerber als Nießbraucher obliegenden Pflichten wie ein Bürge und noch mit der Maßgabe, daß die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist (§ 1013). Ferner geht die Sicherheitsleistungspflicht des veräußernden Nießbrauchers, ebenso die Pflicht, die gerichtliche Verwaltung zu gestatten, auf den Erwerber über, wenn derartige Sicherheitsmaßregeln durch das Verhalten des Veräußerers für begründet erachtet wurden (§ 1013 Abs. 2).

3) oben S. 272.

Digitized by Google

Der Tod des ursprünglichen Usufruktuars macht auch dem Rechte des Erwerbers ein Ende. Ist der Nießbrauch durch eine juristische Person veräußert, so endigt das Recht des Käufers mit dem Untergange derselben, spätestens aber 100 Jahre nach der Veräußerung. — Mit dieser Bestimmung ist zweckmäßiger Weise einer vollständigen Abtrennung des Nießbrauches vom Eigenthumsrechte, die dem Nießbrauche sein ihm eigenthümliches wirthschaftliches Gepräge nehmen würde, ein Riegel vorgeschoben.

Gegenüber dieser Gestaltung des Nießbrauchkaufes ist es lebhaft zu bedauern, daß der zweite Entwurf über unser Rechtsverhältniß Bestimmungen trifft, die formell ebenso lückenhaft sind wie materiell. Die Veräußerlichkeit des Nießbrauches, die der erste Entwurf statuirt, hat der zweite Entwurf ausdrücklich ausgeschlossen. § 968 des Entwurfes II lautet:

> Der Nießbrauch ist nicht übertragbar, die Ausübung kann einem Anderen übertragen werden.

Die Rechtsstellung des Nießbraucherwerbers ist hiernach völlig unklar geblieben und giebt zu vielen Zweifeln Anlaß.

Läßt nun schon die Form vieles zu wünschen übrig, so kann auch die Bestimmung selbst nicht als ein glücklicher legislatorischer Gedanke bezeichnet werden.

De lege ferenda giebt es eben nur zwei Möglichkeiten. Entweder man verbietet den Verkauf des Nießbrauches überhaupt, oder man gestattet auch die Veräußerung des Rechtes. Denn kaum entschließt sich Jemand, eine so bequeme Einnahmequelle, wie den Nießbrauch, aufzugeben, ohne durch zwingende Noth dazu gedrängt zu sein. Aber gerade dann ist es nöthig, daß der Tauschwerth des Verkaufsobjekts ein möglichst hoher ist, und dies kann nur dadurch erreicht werden, daß man den Käufer energisch schützt und ihm ein dauerndes Recht in Aus-

Digitized by Google

ſicht ſtellt. Eine ſolche Stellung gewinnt er aber nur als ſelbſtändiger Inhaber des Nießbrauchs*rechtes*.

Der Befürchtung, daß der Verkauf des Nießbrauchsrechtes in Folge der Unbeſtimmtheit der Dauer desſelben keinen angemeſſenen Erlös verſprechen, und daß insbeſondere eine Zwangsvollſtreckung in das *Recht* eine ungerechtfertigte Härte gegen den Nießbraucher bedeuten würde, ſetzen die Motive zu dem Entwurf erſter Leſung [4]) die gewiß ſehr begründete Auffaſſung entgegen, daß die Rückſeite einer derartigen Bevormundung des Nießbrauchers die *Schwächung ſeines Kredits* iſt, die volkswirthſchaftlich noch weit ſchädlicher iſt als die eventuell zu befürchtende Verſchleuderung des Nießbrauches.

Hält man es dagegen, wie dies die Motive des *Entwurfes zweiter Leſung* thun [5]), nicht für zweckmäßig, den Nießbrauch zur Kreditbaſis zu machen, ſo ſollte man dem Nießbraucher die Verfügungsfähigkeit über den Nießbrauch *überhaupt* entziehen. Denn von dem Standpunkte des *zweiten Entwurfes* iſt es wohl möglich — ja heute iſt dies ſogar der praktiſch häufigſte Fall — daß der Nießbrauch für die Lebenszeit des Nießbrauchers verkauft wird. Für den Veräußerer aber macht es keinen großen Unterſchied, ob er Zeit ſeines Lebens das *Recht* oder nur die *Ausübung* des Rechtes verloren hat. *Er gewinnt alſo nichts*. Dagegen wird durch die prekäre rechtliche Stellung des Erwerbers der Preis für den Nießbrauch gedrückt. — *Er verliert alſo viel*.

Dem Nießbraucher aber vollſtändig die Hände binden,

4) Motive zu dem Entwurfe (Amtliche Ausgabe, Bd. 3 S. 527 Nr. 3).

5) ſo die Protokolle der Berathung, in die ich durch die gütige Vermittelung des Herrn Geh. Rathes Profeſſor Dr. *Eck* in Berlin Einſicht zu nehmen Gelegenheit hatte.

Digitized by Google

ihm jede Disposition über den Nießbrauch entziehen, das wollte und konnte auch der zweite Entwurf nicht.

Und steht man vor der Alternative: Veräußerlichkeit des Rechtes und Unveräußerlichkeit überhaupt, so muß man sich unbedingt für die erste Möglichkeit entscheiden.

Wenn der § 968 des zweiten Entwurfes mit seiner unbestimmten Fassung geltendes Recht werden sollte [6]), so wird es erst wieder Aufgabe der Praxis sein, einen bestimmten Gerichtsgebrauch und damit feste positive Normen zu schaffen. Zu diesem Zwecke wird sie auf die gemeinrechtliche Doktrin zurückgehen müssen. Aber diese befindet sich unseres Erachtens heute noch auf dem halben Wege zum Ziel. Um hier einen gesunden Rechtszustand herzustellen, muß man aus den richtigen Grundsätzen, die uns die römischen Quellen allerdings nur andeuten, die äußersten Konsequenzen ziehen. Dann werden wir zu dem Satze geführt: der Nießbrauchkäufer ist selbst wiederum Nießbraucher; er hat ein dingliches Nutzungsrecht an der dem Nießbrauche des Veräußerers unterworfenen Sache, ein Recht, das dem Umfange nach wohl geringer ist als das des ursprünglichen Usufruktuars, das sich jedoch dem Inhalte nach durch nichts von diesem unterscheidet.

So gelangen wir zu einer Lösung, die in ihren praktischen Folgen dem Grundsatze der Veräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes im Wesentlichen gleichkommt, ohne daß diese radikale, wenn auch vom gesetzgeberischen Standpunkte sehr empfehlenswerte Abweichung von dem bisher beobachteten Prinzipe nothwendig wird.

6) Er ist wörtlich als § 1042 in den dem Reichstag vorgelegten Entwurf übergegangen.

Digitized by Google

Zweiter Abſchnitt.
Die Verpfändung des Nießbrauches.

Der Nießbrauch kann in doppelter Weiſe verpfändet werden. Es iſt ſowohl die Verpfändung eines noch nicht vorhandenen Nießbrauches durch den Eigenthümer möglich als auch die eines bereits beſtehenden durch den Nießbraucher (l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1) [1]). Obwohl, wie weiter unten nachgewieſen werden ſoll, auch hier ein Unterſchied zwiſchen beiden Rechtsgeſchäften nicht dem Inhalte ſondern nur dem Umfange nach ſtattfindet, wollen wir doch noch dieſe Doppeltheilung beibehalten, weil dadurch eine Beſprechung der älteren Anſchauungen überſichtlicher werden dürfte.

Erſte Abtheilung.
Die Verpfändung des Nießbrauches durch den Eigenthümer.

I. Allgemeines.
§ 8. Dogmengeſchichtlicher Ueberblick.

Bis in die Hälfte dieſes Jahrhunderts hat die geſammte gemeinrechtliche Doktrin der Anſicht gehuldigt, die Verpfändung eines Nießbrauches durch den Eigenthümer der Sache ſei nur in der Weiſe denkbar, daß der Pfandgläubiger formell Inhaber des Nießbrauchsrechtes werde [1]).

Aehnlich wie im altrömiſchen Rechte die fiducia den Pfandgläubiger zum Eigenthümer des Pfandobjektes gemacht habe, werde dem Pfandgläubiger in unſerem Falle der usus-fructus zu Recht beſtellt, jedoch mit der Maßgabe, daß er nur zu Pfandzwecken dienen und daher mit Erlöſchen des

1) citirt oben S. 259.
1) Glück, Bd. 19 S. 209.

Pfandrechtes untergehen solle. Diese Meinung hat heute noch in Dernburg[2]) einen entschiedenen Vertreter.

Sie kann aber weder vor der Theorie noch vor der Praxis Stand halten.

Gegen sie erklärte sich zuerst Konrad Büchel in der für unsere Frage epochemachenden Abhandlung: „Ueber iura in re und deren Verpfändung“ [3]). Er stützt seine Einwände auf folgende Erwägungen: man sei entweder zu der Annahme gezwungen, daß die Servitut, die der Proprietar verpfändet hat, schon vor der Verpfändung selbständig an eigener Sache bestehe — und dies widerspreche dem unbestrittenen Satze: Nemini res sua servit — oder man müsse, falls man mit Hepp[4]) die Konstituirung der Servitut der Verpfändung vorangehen lasse, ein Pfandrecht an eigener Sache annehmen, was ebenfalls ausgeschlossen sei.

Wir halten diese Ausführungen, so überzeugend sie erscheinen mögen, für einen Schlag ins Wasser. Denn sie sind gegen ein Rechtsverhältniß gerichtet, das zwar den Effekt einer Pfandbestellung hat, selbständig aber nie als solche zu qualifizieren ist [5]) und das darum auch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Pfandrechts beurtheilt werden darf. Darin müssen wir jedoch den Bekämpfern der älteren Theorie beipflichten, daß die Erklärung, die sie von der Verpfändung eines Nießbrauches durch den Eigenthümer giebt, durchaus unbefriedigend ist. Sie ist ein Nothbehelf, den man in Ermangelung einer anderen aus dem Wesen des Pfandrechts sich ergebenden Konstruktion anerkennen mag, der aber seine

2) Dernburg, Pfandrecht I S. 489 ff. u. Pand. I § 294.

3) Konrad Büchel, Civilrechtliche Erörterungen (Marburg 1832) Bd. 1 Nr. 3 S. 71 ff.

4) Archiv für civilistische Praxis, Bd. 15 S. 377 ff.

5) Vergl. auch Kohler, a. a. O. S. 39.

Digitized by Google

Existenzberechtigung allein aus praktischen, den Bedürfnissen des Lebens entsprechenden Konsequenzen schöpfen kann. Doch auch diese fehlen, denn der hauptsächlichste Zweck des Pfandrechtes, die eventuelle Befriedigung des Gläubigers aus dem Pfandobjekt, ist nach jener Theorie so schwer zu realisiren, daß der wirthschaftliche Werth einer derartigen Verpfändung auf ein minimales Maß hinabgedrückt wird. Der Pfandkäufer könnte nur ein Recht erwerben, das seiner Dauer nach von dem Leben des veräußernden Pfandgläubigers abhängig ist. Je älter daher der Pfandgläubiger wird, desto mehr verliert sein Pfand an Werth, je nachdem sein Gesundheitszustand sich bessert oder verschlechtert, wird der Werth seines Pfandrechtes schwanken — ein untrüglicher Spiegel seines leiblichen Wohls. Wird der Pfandgläubiger schwer krank, so daß sein Tod jeden Augenblick zu befürchten ist, so wird er überhaupt keinen Käufer finden, und wenn er wirklich stirbt, so wird — allen Regeln des Pfandrechtes zum Trotz — mit seinem Körper auch sein Pfandrecht begraben.

Diese Folgen verurtheilen sich selbst und damit das Prinzip, aus dem sie stammen: sie widersprechen ebenso sehr den Interessen des Verpfänders wie denen des Pfandgläubigers und sind daher vom Standpunkte des praktischen Lebens entschieden zurückzuweisen.

In ein neues Licht hat die Frage der Verpfändung eines Nießbrauches durch den Eigenthümer die bereits oben erwähnte Abhandlung von Konrad Büchel „Ueber iura in re und deren Verpfändung" gerückt. Büchel's hauptsächlichstes Verdienst besteht darin, daß er den Anstoß zu einer erneuten Behandlung des Problems gegeben hat; seine Ansicht selbst kann allerdings ebensowenig befriedigen wie die von ihm bekämpfte. Nach ihm wird der Nießbrauch dem Pfandgläubiger nicht rechtlich, sondern nur thatsächlich ein-

Digitized by Google

geräumt; der Pfandgläubiger befindet sich in der quasi-possessio, ohne daß seine Befugniß zu Recht besteht. Er hat jedoch die Möglichkeit, zum Zwecke seiner Befriedigung den Nießbrauch als Recht zu bestellen. Hierbei stützt sich Büchel auf die Analogie des Sachenpfandrechts, bei dem der Pfandgläubiger auch eine ihm nicht gehörige Sache zu vollem Rechte veräußern dürfe, um sich aus ihr zu befriedigen.

Abgesehen nun davon, daß Büchel aus seiner Anschauung Konsequenzen zieht, die zu dem Vorsatze nicht passen, z. B. dem Pfandgläubiger die actio hypothecaria gewährt [6]) und die Vererblichkeit des Pfandrechts statuirt — was beides mit einer bloß faktischen Einräumung des ususfructus unvereinbar ist — ist gegen seine Aufstellung vor allem geltend zu machen, daß sie juns über den Gegenstand der Verpfändung vollständig im Unklaren läßt.

Was ist denn in Wirklichkeit verpfändet?

Diese Frage ist in der Literatur in der verschiedensten Weise beantwortet worden. Puchta [7]), Windscheid [8]), Exner [9]) und Kohler [10]) vertreten die Ansicht, daß das ganze Grundstück verpfändet und dem Pfandgläubiger nur die Befugniß eingeräumt wird, sich durch Bestellung eines Nießbrauches daran für die verpfändete Forderung zu befriedigen.

Diese Erklärung läßt sich nur durch die Anomalie halten, daß etwas anderes verpfändet als verkauft wird [11]).

---

6) Vergl. auch Dernburg, Pfandrecht I S. 489.

7) Puchta, Vorlesungen I § 125.

8) Windscheid, Pandekten § 239 Anm. 5 und § 227 Anm. 9—11.

9) Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs im römischen Recht, S. 64.

10) Kohler a. a. O. S. 36; vergl. über diese Frage auch Bremer, Das Pfandrecht und die Pfandobjekte (Leipzig 1867), S. 51 ff.

11) Dernburg, Pfandrecht I S. 490.

Digitized by Google

Exner[12]) will aus l. 18 § 1 D. de pign. act. 13, 7:
Si nuda proprietas pignori data sit, ususfructus, qui postea adcrevit, pignori erit
schließen, daß der Gegenstand des Pfandrechts am Nießbrauche der fundus sei. „Die Additionsposten nuda proprietas pignori data und ususfructus pignori datus geben zusammen die runde Summe eines gewöhnlichen Pfandrechts. Sie wären nicht addirbar, weil ungleichartig, wenn sie verschiedene Objekte hätten."

Diese Rechnung stimmt nicht. Die beiden Additionsgrößen sind durchaus nicht ungleichartig. Die Macht des Fruchtgenusses ist der integrirende Rest der nuda proprietas. Macht des Fruchtgenusses + nuda proprietas geben zusammen das volle Eigenthum. Lassen sich nun diese beiden Größen addiren, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch die bezüglichen Pfandrechte addirbar sein sollten.

In seiner Weise modifizirt, vertritt die eben dargestellte Konstruktion des Nießbrauchspfandrechtes Bremer[12a]). Verpfändet ist nach ihm das Eigenthumsrecht; dieses übt der Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung aus, indem er einen Nießbrauch an demselben bestellt. Diese Erklärung steht und fällt mit der heute fast allgemein verworfenen Auffassung, daß das Pfandrecht ein Recht am Eigenthumsrechte sei.

Ein Recht an Rechten muß man ebenfalls anerkennen, wenn man die Konstruktion von Sohm[13]) acceptirt, nach welcher „Objekt des Pfandrechtes, die Summe von Befugnissen ist, die den Inhalt der Servitut ausmachen".

Der gesunde Kern, der in dieser Auffassung steckt, kommt

---

12) Exner a. a. O. S. 66.
12a) Bremer a. a. O. S. 55.
13) Sohm, Die Lehre vom subpignus (Rostock 1864), S. 33.

Digitized by Google

dadurch nicht zur Geltung, daß in sie die höchst bestrittene Annahme von Rechten an Rechten hineingetragen wird.

§ 9. Gegenstand und Charakter des Nießbrauchspfandrechtes.

In Wirklichkeit wird, wie bereits in der Einleitung kurz bemerkt ist, der materielle Gehalt des Nießbrauches, die ökonomische Nutzung, verpfändet.

I. Kann diese selbständig Gegenstand eines Pfandrechtes sein?

Erkennt man den oben aufgestellten Satz als richtig an, daß die Bestellung eines Nießbrauches nur die Form der Veräußerung der wirthschaftlichen Nutzung ist, so darf man dieser auch die Qualität nicht absprechen, Objekt eines Pfandrechtes sein zu können. Denn

quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest [1]).

In der That wurde nach römischer Anschauungsweise der Nießbrauch schon in den Händen des Eigenthümers in gewissen Fällen als eine selbständige Sache angesehen, über die selbständig verfügt werden kann. Dies ist der Sinn des Satzes:

Ususfructus portionis instar optinet — [2]).

Ususfructus in multis casibus pars dominii est [3]).

Im Allgemeinen wird der Nießbrauch allerdings nicht als ein Eigenthumsbestandtheil aufgefaßt, sondern als eine inhaltliche Beschränkung des Eigenthums.

Diesen Gedanken bringt Papinian zum Ausdruck libro septimo decimo quaestionum:

---

1) l. 9 § 1 D. de pign. 20, 1.
2) l. 76 § 2 D. de leg. II.
3) l. 4 D. de usufr. 7, 1.

Digitized by Google

Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum optinere convenit [4]) und

libro septimo decimo quaestionum:

Ususfructus etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet [5]).

Aber Papinian ſagt auch: libro septimo responsorum:

Ususfructus portionis instar optinet [6]).

Auch Paulus äußert ſich im gleichen Sinne l. 63 D. de ususfr. 7, 1 libro singulari de iure singulari:

— qui fundum habet, quamquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest,

und l. 25 pr. D. de verbor. signif. 50, 16 libro vicensimo primo ad edictum:

Recte dicimus eum fundun totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis est ... hoc et Julianus.

Paulus ſagt aber auch in demſelben Werke — libro secundo ad edictum:

Ususfructus in multis casibus pars dominii est, et extat, quod vel praesens vel ex die dari potest.

Dieſer übereinſtimmende Widerſpruch beider Juriſten iſt nur ein ſcheinbarer. Nach beider Anſicht iſt im Allgemeinen der ususfructus nicht Theil des Eigenthums. In gewiſſen Fällen wird er aber als ein ſolcher behandelt, d. h. als ein Rechtsobjekt von ſelbſtändiger Exiſtenz. Ususfructus portionis instar optinet. Wann dieſe Fälle eintreten, darüber giebt uns die Begründung Aufklärung, die dieſe Ausnahme von der regelmäßigen Auffaſſung durch

4) l. 33 § 1 D. h. t.
5) l. 66 § 6 D. de leg. II.
6) l. 76 § 2 D. de leg. II.

Digitized by Google

Paulus findet. Der Nießbrauch ist nach ihm in vielen Fällen Theil des Eigenthums, quod vel praesens vel ex die dari potest. Nur darum, weil und auch nur insofern als über den Nießbrauch seitens des Eigenthümers selbständig verfügt werden kann, wird er auch als selbständiges Rechtsobjekt angesehen.

In den praktischen Konsequenzen, wird sich unsere Ansicht, daß die wirthschaftliche Nutzung verpfändet ist, zum großen Theil mit derjenigen decken, die die Sache selbst verpfändet werden läßt. Sie vermeidet aber die unseres Ermessens theorethisch unbegründete Anomalie, daß etwas anderes zur Befriedigung der Forderung verkauft wird, als zu ihrer Sicherung verpfändet wurde.

II. Was den Charakter unseres Pfandrechts betrifft, so kann man ohne Bedenken sagen, daß es auch hier ein dingliches Recht ist.

Sohm sagt gelegentlich[7]): „Daß das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, ist lediglich die Konsequenz davon, daß ihm eine Sache unterworfen ist."

Gegenstand unseres Pfandrechts ist die wirthschaftliche Nutzung, Gegenstand der Nutzung aber die Sache. Die specifische Nutzung, die verpfändet ist, ist ohne die Sache nicht denkbar. Insofern ist auch die Sache in den Pfandnexus hineingezogen. Das Recht auf die Nutzung begründet zugleich ein Recht an der Sache, ein dingliches Recht. Einen schlagenden Beweis für den dinglichen Charakter unseres Pfandrechts giebt l. 1 § 1 C. si pignus pignori datum est 8, 23 (24):

Imp. Gordianus A. Lamponi: Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis isque, qui

7) Bei Besprechung des Sachenpfandrechts a. a. O. S. 26.

accepit, alii eam possessionem, cuius usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pigneravit, creditor eius in id, quo pignoris vinculum non constitit, dominio vos privare nequit.

Schon der Ausdruck „usumfructum nexum habere“ läßt unzweifelhaft erkennen, daß Gordian ein dingliches Pfandrecht an dem Nießbrauche vor Augen hatte[8]). Noch deutlicher geht dies aber aus dem Zusammenhange hervor.

Der Eigenthümer hat den Nießbrauch seines Grundstückes verpfändet, der Pfandgläubiger hat das ganze Grundstück weiter verpfändet, und der zweite Pfandgläubiger hat es zum Zwecke seiner Befriedigung verkauft. Nun bestimmt die Konstitution, daß dieser Verkauf nur ungültig sei

in id, quo pignoris vinculum non constitit.

Dadurch bestätigt sie natürlich indirekt, daß für den übrigen Theil der Verkauf gültig ist, d. h. nach Maßgabe des Pfandvertrages zwischen dem Eigenthümer und dem ersten Pfandgläubiger. Das Recht des Nießbrauchspfandgläubigers, den Gegenstand seines Pfandrechtes mit der geschilderten Wirkung weiterzuverpfänden, entspricht aber vollkommen dem Rechte des Sachpfandgläubigers, dessen dingliche Stellung wir, mit der herrschenden Meinung in Uebereinstimmung, nicht in Frage ziehen.

§ 2. l. c.: Quodsi non fuit vestro creditori usufructus, sed ipsa possessio pignerata et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit, non posse venditionem post soluta pecunia rescindi divorum principum placitis continetur.

Aus der Thatsache, daß der Kaiser beide Fälle in einer Kon-

8) Vergl. auch Reinhold Schmid, Die Verpfändung der Rechte an fremden Sachen, in Linde's Zeitschrift, N. F. Bd. 5 S. 342.

Digitized by Google

ſtitution in unmittelbarem Zuſammenhange mit einander behandelt, darf man, ebenſo wie aus den Worten, mit denen er das Rechtsverhältniß charakteriſirt, den Schluß ziehen, daß die Stellung des Nießbrauchspfandgläubigers von ihm als eine dingliche angeſehen wurde.

II. Die einzelnen Rechtsverhältniſſe.

§ 10. Entſtehung des Pfandrechtes.

Von den drei Entſtehungsarten des Pfandrechtes, die in der Regel genannt werden, Geſetz, Richterſpruch und Rechtsgeſchäft, kommt für unſeren Fall nur die letzte in Betracht, da die erſten beiden das die Sicherheit gewährende Objekt in möglichſter Totalität ergreifen.

Durch Vertrag kann dagegen ſowohl ein pignus als auch eine hypotheca [1]) an dem Nießbrauche von dem Eigenthümer beſtellt werden; dies ſprechen die Quellen unzweideutig aus.

L. 11 § 2 D. de pign. 20, 1: Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari quaeritur, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet.

L. 8 pr. D. quib. mod. pign. 20, 6: Sicut re corporali extincta ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit.

L. 15 pr. D. de pign. 20, 1: Et quae nondum sunt, futura tamen sunt hypothecae dari possunt, ut fructus

---

1) Die Möglichkeit der Verpfändung des Nießbrauches durch den Proprietar beſtreitet Zachariae von Lingenthal, Ueber die Unterſcheidung von servitutes rusticae und urbanae (Heidelberg 1844), S. 35.

Gegen ſeine Auslegungen der bezüglichen Quellenſtellen iſt beſonders zu erwähnen Lang, Ueber die Verpfändung von Servituten, im Archiv für civiliſt. Praxis, Bd. 29 S. 332.

pendentes, partus ancillae; fetus pecorum et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata; idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu aut de his quae nascuntur sive is qui usumfructum habet.

Für die Fähigkeit zur Bestellung und zum Erwerbe des Pfandrechtes kommen die allgemeinen Regeln zur Anwendung.

§ 11. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers.

1) Was zunächst den Pfandbesitz betrifft, so hat man natürlich auch hier zwischen pignus und hypotheca zu unterscheiden.

Liegt ein pignus vor, so hat der Pfandgläubiger schon vor Fälligkeit der Forderung den Rechtsbesitz, wie der Sachenpfandgläubiger den Sachbesitz hat. In der quasipossessio ist er durch Interdikte geschützt.

Der Hypothekar hat dagegen erst nach Fälligkeit der Forderung Anspruch auf den Quasibesitz.

Dies leugnet allerdings Bremer[1]), indem er geltend macht, daß ein Besitzanspruch des Hypothekars nur zu dem Zwecke denkbar ist, um bei der Veräußerung der Pfandsache die Tradition vollziehen zu können — und daß nach fast allgemein anerkannter Theorie zur Bestellung einer Servitut eine Quasitradition nicht erforderlich ist.

Wenn es auch nun richtig ist, daß im entwickelten Rechte die Verkaufsmacht, die Nutzung des Tauschwerthes, die Hauptsache bildet, und der Besitz nur eine untergeordnete Bedeutung hat[2]), so darf man auch nicht verkennen, daß er dem Pfandgläubiger eine erhöhte Sicherheit, insbesondere gegen Verschlechterungen, gewährt.

1) Bremer a. a. O. S. 76 ff.
2) Exner, Kritik, S. 29.

Es dürfte daher auch dem Hypothekar nach Fälligkeit der Forderung der Quasibesitz zuzugestehen sein.

2) Nach allgemeinen Regeln ist der Pfandgläubiger, dem eine fruchttragende Sache verpfändet ist, nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Früchte zu gewinnen und sich den Ertrag derselben auf die Schuldsumme anzurechnen. Um wie viel mehr muß diese Verpflichtung demjenigen obliegen, dem gerade nur die ökonomische Nutzung der Sache verpfändet ist! Dies ist unbestritten. Dagegen gehen die Meinungen über das Verhältniß des Pfandgläubigers zu den Früchten weit auseinander.

Büchel[3]) und im Anschluß an ihn vor allem Sintenis[4]) gewähren dem Pfandgläubiger „nur das Recht an den gezogenen Früchten und Nutzungen, welches er durch deren Verpfändung selbst erlangt haben würde, d. h. nur wieder ein Pfandrecht an den Früchten, jedoch mit der Befugniß, diese selbst durch eigene Verwaltung zu ziehen und zu veräußern". Nun kann aber ein Pfand, das man normaler Weise vor der Fälligkeit der Forderung veräußern darf, nicht mehr füglich ein Pfand genannt werden. Denn es fehlt ihm dann gerade die Eigenthümlichkeit, die dem Pfande sein besonderes Gepräge giebt, nämlich die accessorische Sicherung der Forderung. Praktisch würde sich das von Büchel statuirte Recht des Pfandgläubigers an den Früchten von dem Eigenthumsrechte an denselben nur dadurch unterscheiden, daß die gezogenen Früchte nicht von der Forderung abgerechnet werden, sondern der Erlös aus ihrem Verkaufe als theilweise Befriedigung angesehen wird[5]). Im Leben hat dieser Gegensatz herzlich wenig Bedeutung.

3) Büchel a. a. O. S. 89 ff.

4) Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts (Halle 1836) S. 128.

5) Vergl. Sintenis a. a. O.

Digitized by Google

Windscheid[6]) spricht dem Nießbrauchspfandgläubiger das Recht an den Früchten zu, das er nach den Grundsätzen des Pfandrechts an körperlichen Sachen hat.

Wir leiten es, ohne die Analogie des Pfandrechts an körperlichen Sachen zu Hülfe nehmen zu müssen, aus dem Wesen des gegebenen Pfandrechts her.

Verpfändet ist nach unserer Konstruktion die wirthschaftliche Nutzung. Der Pfandgläubiger erhält durch die Verpfändung, wie wir schon oben gezeigt haben, ein selbständiges Recht auf die wirthschaftliche Nutzung. Dieses hier pfandrechtlich gestaltete dingliche Nutzungsrecht hat, wie jedes dingliche Nutzungsrecht zur Folge, daß der Berechtigte die Früchte zu Eigenthum erwirbt.

Zu demselben Resultate gelangt, freilich von einem gänzlich anderen Gesichtspunkte ausgehend, Dernburg[7]).

Das Eigenthum an den Früchten gewinnt der Pfandgläubiger durch Perzeption.

Es ist noch die Frage zu erledigen, ob der Pfandgläubiger verpflichtet ist, die Früchte selbst zu ziehen, oder ob er dies auch Anderen überlassen darf. Das letztere ist das Richtige. Denn er ist nur im Interesse des Verpfänders verpflichtet, die Pfandsache wirthschaftlich zu verwerthen, und dies thut er, wenn er in dem Pacht- und Miethzins den Nutzungswerth genießt.

Das Gleiche haben für das Sachenpfandrecht die Quellen anerkannt[8]).

Aus dem Gegenstande unseres Pfandrechts und den oben entwickelten Regeln über den Pfandbesitz ergiebt sich, daß der Hypothekar überhaupt keinen Anspruch auf die Früchte

6) Windscheid, Pandekten § 239 Anm. 2.

7) Dernburg, Pfandrecht I S. 492.

8) l. 23 pr. D. de pign. 20, 1.

Digitized by Google

hat. Die dargestellten Rechtsverhältnisse beziehen sich daher nur auf das Faustpfand.

§ 12. Der Pfandverkauf.

Die wesentlichste Wirkung des Pfandrechts ist die Befugniß des Pfandgläubigers, das Pfandobjekt nach der Fälligkeit der Forderung zum Zwecke der Befriedigung zu verkaufen.

Dieses Recht wird dem Nießbrauchspfandgläubiger nicht allgemein zugesprochen.

Gesterding[1]), dem von seinem Standpunkte aus — er ist ein Anhänger der älteren Doktrin — der Verkauf des Pfandobjektes viel Schwierigkeiten macht, will das Verkaufsrecht nur auf die Früchte beschränken. Dies würde jedoch, näher zugesehen, bedeuten, daß in der That die Früchte verpfändet sind, und daß dem Pfandgläubiger nur die besondere Befugniß eingeräumt wird, letztere selbst zu ziehen.

Die Ansicht Gesterding's bekämpft mit Erfolg Büchel[2]). Nach dessen Konstruktion liegt ja der Schwerpunkt unseres Pfandrechts in dem Pfandverkauf, indem der Nießbrauch als Recht erst in der Person des Pfandkäufers begründet wird. Die ältere Theorie und mit ihr Dernburg geben konsequent dem Pfandgläubiger nur die Möglichkeit, die Ausübung des Nießbrauchsrechts auf den Pfandkäufer zu übertragen.

Gegen sie haben wir uns bereits oben erklärt[3]).

Nach unserer Aufstellung hat der Pfandgläubiger die Befugniß, das Pfandobjekt mit der Wirkung zu verkaufen, daß ein Nießbrauchsrecht des Käufers entsteht.

---

1) Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht nach den Grundsätzen des röm. Rechts (Greifswald 1831) S. 74.

2) a. a. O. S. 92.

3) S. 286 ff.

Digitized by Google

Veräußert wird die wirthſchaftliche Nutzung, die verpfändet war, ſo daß der Erwerber ein Recht darauf erhält, ein ius utendi fruendi. Die Sache ſelbſt, an der die Nutzung beſteht, bleibt im Eigenthume des Verpfänders — eine res aliena. Das Recht des Erwerbers iſt ein ius utendi fruendi re aliena — ein Nießbrauchsrecht.

§ 13. Schutz des Pfandrechts.

Auch das Nießbrauchspfandrecht wird durch die actio hypothecaria in rem geſchützt. Dies ſprechen die Quellen nicht ausdrücklich aus. Sie erwähnen nur eine exceptio, die der Prätor demjenigen gewährt, dem der Nießbrauch vom Uſufruktuar verpfändet worden iſt[1]). Daß derſelbe rechtliche Schutz demjenigen zu Theil wird, dem der Nießbrauch durch den Eigenthümer zum Pfande gegeben wird, wird heute mit Recht allgemein angenommen. Auch iſt es, wie bereits erwähnt, unbeſtritten, daß der Schluß von der exceptio auf die actio begründet iſt[2]).

Die Pfandklage wird von den Vertretern der verſchiedenen Theorien verſchieden geſtaltet.

Nach der älteren hat der Pfandgläubiger als formeller Nießbraucher die actio confessoria. Büchel[3]) ſtatuirt eine actio hypothecaria, die ſich hier als utilis confessoria darſtelle. Auf die Inkonſequenz, die darin nach ſeiner Konſtruktion des Nießbrauchspfandrechts liegt, haben wir ſchon oben hingewieſen[4]).

Windſcheid[5]) giebt die actio hypothecaria, da nach

1) oben S. 260.
2) oben S. 273.
3) a. a. O. S. 78.
4) Vergl. oben S. 288.
5) Windſcheid, Pandekten § 227 Anm. 11.

Digitized by Google

der von ihm vertretenen Ansicht ja die Sache selbst verpfändet ist. Bremer[6]) gewährt sie ebenfalls; denn jedes Pfandrecht sei ein dingliches Recht und darum jede Pfandklage eine actio hypothecaria.

Auch wir halten sie von unserem Standpunkte aus für gerechtfertigt. Unser Pfandrecht ist, wie wir dargethan haben, ein dingliches Recht und muß daher auch mit der dinglichen Pfandklage geschützt werden.

§ 14. Beendigung des Pfandrechts.

Beendet wird unser Pfandrecht zunächst durch die allgemeinen Endigungsgründe, also Befriedigung des Gläubigers, insbesondere Kompensation des Ertrages der wirthschaftlichen Nutzung mit der Schuldsumme, Verzicht des Pfandgläubigers, Vereinigung des Pfandrechts mit dem Eigenthum der Sache, deren Nießbrauch verpfändet ist, Untergang dieser Sache.

Was die spezifischen Endigungsgründe des Pfandrechtes betrifft, so erlischt dasselbe nach der älteren Theorie mit dem Tode des Gläubigers; denn in der That ist es ja ein Nießbrauchsrecht, das mit dem Tode des Berechtigten aufhört. Nach der Büchel'schen Konstruktion müßte dieselbe Wirkung eintreten, da die thatsächliche Ausübung des Nießbrauches ebensowenig wie der Besitz vererbt werden kann[1]).

Nach unserer Aufstellung kann — das ist eine äußerst wichtige Konsequenz — das Pfand folgerecht auf die Erben des Pfandgläubigers übergehen.

---

6) a. a. O. S. 106.

1) Büchel a. a. O. S. 91 behauptet allerdings auch von seinem Standpunkte aus die Vererblichkeit. Auf die Inkonsequenz, die darin liegt, wurde schon oben S. 288 hingewiesen.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

§ 15.

Die Verpfändung des Nießbrauches durch den Nießbraucher.

Die Verpfändung eines Nießbrauches geschieht in den bei weitem meisten Fällen durch den Nießbraucher selbst.

Ueber die Konstruktion dieses Pfandrechts gehen die Meinungen nicht so weit auseinander wie über die der Verpfändung eines Nießbrauches durch den Eigenthümer.

Gesterding und Dernburg, die Hauptvertreter der älteren Theorie in der neuen Literatur, Büchel und Sinteni s und mit ihnen fast die gesammte moderne Civilistik sind in diesem Punkte im wesentlichen einig.

Nach Gesterding[1]) „läßt der Usufruktuar den Pfandgläubiger den ususfructus nur ausüben", nach Dernburg[2]) „wird der Pfandgläubiger an die Stelle des Berechtigten gesetzt", Büchel[3]) und Sintenis[4]) sprechen von der „Einräumung der Ausübung".

Den ersten Versuch, dieses Pfandrecht nicht in anomaler Weise, sondern möglichst aus allgemeinen pfandrechtlichen Prinzipien zu erklären, macht Sohm[5]). Er läßt — entsprechend seiner Begriffsbestimmung des Pfandrechts[6]) — den Vermögenswerth des ususfructus verpfändet werden. Gegenstand des Pfandrechts sei das Recht des Nießbrauches. Nach außen mache sich das Pfandrecht geltend durch die Herrschaft über den Inhalt des Rechtes, durch die Ausübung.

---

1) a. a. O. S. 73.
2) Pfandrecht I S. 487.
3) a. a. O. S. 95.
4) a. a. O. S. 131.
5) a. a. O. S. 27 ff.
6) a. a. O. S. 12.

Digitized by Google

Dieſe Erklärung iſt, ſo geiſtvoll und beſtechend ſie auch ſein mag, wie ſeine Konſtruktion des Pfandrechts überhaupt, viel zu gekünſtelt. Sie ſetzt ferner den viel umſtrittenen Satz, daß die Römer ein Recht an Rechten anerkannt haben, als richtig voraus.

Eine andere Erklärung giebt Exner[7]). Er läßt den Uſufruktuar auch hier die Nießbrauchsſache verpfänden mit der Maßgabe, daß zur Befriedigung des Gläubigers nur der Nießbrauch an ihr der Ausübung nach veräußert werden ſolle. Dagegen gelten dieſelben Einwendungen, die oben gegen die gleiche Konſtruktion der Verpfändung des Nießbrauches durch den Eigenthümer gemacht wurden[8]).

Das Richtige dürfte ſein, daß, wie bei der Verpfändung durch den Proprietar, auch hier der Inhalt des Nießbrauchsrechtes, die wirthſchaftliche Nutzung, verpfändet wird.

Daß dieſe Gegenſtand eines Pfandrechts ſein kann, haben wir ſchon oben gezeigt; es genügt eine Verweiſung darauf.

Ebenſo wie dort werden wir auch hier ohne Bedenken den ſelbſtändigen dinglichen Charakter unſeres Pfandrechts behaupten können.

Von den Entſtehungsarten des Pfandrechts kommen alle drei in Betracht. Ein geſetzliches und richterliches Pfandrecht iſt ebenſo denkbar wie ein vertragsmäßiges. Daß auch hier der Unterſchied zwiſchen pignus und hypotheca gemacht wird, ſpricht deutlich aus die ſchon häufig citirte l. 11 § 2 de pign. 20, 1.

Wenn trotzdem Reinhold Schmid[9]) behauptet, ein pignus des Nießbrauchspfandgläubigers ſei ausgeſchloſſen und

7) Exner, Kritik S. 66.
8) Vergl. oben S. 288 ff.
9) Lindes Zeitſchrift N. F. Bd. 5 S. 364.

Digitized by Google

dieſe Meinung damit begründet, daß eine Entäußerung der quasipossessio nicht möglich ſei, ſo iſt dies von ſeinem Standpunkte aus nur konſequent.

Es beweiſt aber, daß die Anſchauung, aus der dieſe Konſequenz gezogen wurde — und das iſt die herrſchende — nicht richtig iſt.

Der Pfandgläubiger hat vielmehr ein vollkommen ſelbſtändiges, nicht ein abgeleitetes Recht des Beſitzes; ſein Beſitz iſt gänzlich unabhängig von dem des Verpfänders; er beſitzt auf Grund des dinglichen Rechtes an der Sache, deren Nutzung ihm verpfändet iſt.

Kraft dieſes Rechtes gewinnt er auch nach den Grundſätzen, die wir bei der Verpfändung des Nießbrauches durch den Eigenthümer entwickelt haben, die Früchte durch Perzeption zu Eigenthum, und nicht etwa bloß ein Fauſtpfandrecht an ihnen.

Iſt die Forderung fällig, ſo befriedigt ſich auch hier der Pfandgläubiger aus dem Pfande durch deſſen Verkauf. Auch er veräußert, was ihm verpfändet war, die ökonomiſche Nutzung, ſo daß ein dingliches Recht darauf bei dem Erwerber entſteht. Freilich iſt hier das Recht des Pfandkäufers ein anderes, ein geringeres, als bei dem Verkauf eines vom Eigenthümer verpfändeten Nießbrauches. Das hat aber ſeinen Grund nicht in dem geringeren Recht des Pfandgläubigers, ſondern in dem des Verpfänders. Der Pfandgläubiger kann eben über die Pfandſache höchſtens in der Weiſe verfügen wie der Verpfänder ſelbſt:

Quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset[10]).

Daher erwirbt der Pfandkäufer ein ſelbſtändiges Nießbrauchs-

10) l. 29 D. fam. ercisc. 10, 2.

recht, aber nur so, als ob er es von dem Nießbrauchsberechtigten direkt erworben hätte, einen Afternießbrauch.

Ueber die Art der Geltendmachung des Pfandrechts ist dasselbe zu sagen wie oben[11]) bei der Verpfändung durch den Eigenthümer.

Betrachten wir zum Schluß noch diejenigen Thatsachen, die den Untergang unseres Pfandrechts herbeiführen, so kommen außer den allgemeinen Endigungsgründen noch die Ursachen in Betracht, die das Nießbrauchsrecht des Verpfänders aufhören lassen.

Dies muß ausnahmslos der Fall sein nach den älteren Theorien, nach denen das Bestehen des Rechtes des Pfandgläubigers bedingt ist durch die Existenz des Rechtes des Verpfänders. Verzichtet also der Usufruktuar, erwirbt er das Eigenthum oder erwirbt der Eigenthümer den Nießbrauch, so geht das Pfandrecht unter. Der Pfandgläubiger bleibt auf die persönliche actio pigneraticia contraria beschränkt, die ihm natürlich nur einen sehr schwachen Ersatz für sein Pfandrecht bietet. Den Intriguen eines chikanösen Verpfänders ist Thor und Thür geöffnet; er braucht ja nur zu verzichten oder das Eigenthum an der Sache zu erwerben, deren Nießbrauch er verpfändet hat, und er bringt seinen Pfandgläubiger um sein Pfandrecht[12]). Um die Härten dieser Konsequenzen zu vermeiden, sah man sich genöthigt, den Fortbestand des usus-fructus beim Nießbraucher zu fingiren.

Nach unserer Aufstellung kommen wir auch ohne Fiktionen zu gesunden Konsequenzen. Der Pfandgläubiger hat ein unabhängiges dingliches Recht an der Nießbrauchssache, das ihm durch Handlungen Anderer nicht geschmälert werden kann.

---

11) S. 299 ff.
12) Vergl. Sintenis a. a. O. S. 132.

Digitized by Google

Der Nießbraucher, der den Inhalt seines Rechtes, die ökonomische Nutzung, verpfändet hat, kann nur noch über das nudum ius verfügen. Eine Verfügung über das nudum ius kann aber nie und nimmer die Befugnisse desjenigen beeinträchtigen, dem schon vorher der materielle Inhalt des Rechtes in irgend welcher Form mit dinglicher Wirkung überlassen ist.

Dagegen findet unser Pfandrecht wohl ein Ende mit dem Tode des Verpfänders. Das ist die natürliche Grenze seines Rechtes, eine Grenze, deren sich der Pfandgläubiger auch bewußt war, als er den Nießbrauch in Pfand nahm. Der Verpfänder hatte ein zeitlich beschränktes Recht; das Recht des Pfandgläubigers kann nur in denselben Grenzen bestehen.

Der Tod des Pfandgläubigers dagegen hat den Untergang des Pfandrechtes nicht im Gefolge. Das letztere geht vielmehr auf seine Erben über.

§ 16. Resultat.

Fassen wir unsere Erörterungen zusammen, so können wir als Ergebniß feststellen, daß ein prinzipieller Unterschied zwischen der Verpfändung des Nießbrauches durch den Eigenthümer und der Verpfändung durch den Usufruktuar nicht besteht.

Bei beiden ist der Gegenstand durchaus derselbe; ihr Inhalt ist vollkommen gleich. Verschieden sind sie nur dem Umfange nach. Denn das Pfandrecht desjenigen, dem der ususfructus von dem Nießbraucher verpfändet ist, ist nur der Zeit nach beschränkt, indem seine Dauer abhängig ist von der Dauer des Nießbrauchsrechts des Verpfänders; damit ist zugleich auch sein wirthschaftlicher Werth bedeutend gemindert.

Für die rechtliche Beurtheilung sind diese Eigenthümlichkeiten ohne Belang. Wichtig dagegen ist der Schluß, den

Digitized by Google

man aus der Ueberzeugung ziehen kann, daß man es nur mit einer Art des Pfandrechts zu thun hat.

Denn ist das richtig — und das suchten wir zu beweisen — so sind die Rechtsverhältnisse der Pfandgläubiger in beiden Fällen dieselben. Mit vollem Rechte weist Dernburg[1]) darauf hin, daß in l. 11 § 2 D. de pign. 20, 1 die Verpfändung eines bestehenden und diejenige eines zu errichtenden ususfructus auf eine Linie gestellt werden.

Die Bedeutung liegt eben darin, daß die Behandlung beider Rechtsverhältnisse bei den römischen Juristen eine durchaus einheitliche gewesen ist.

Anhang.

Wenn wir zum Schlusse noch die moderne Gesetzgebung bezüglich der Verpfändung des Nießbrauches ins Auge fassen, so steht zunächst das preußische Recht auch hier im Prinzipe auf dem Standpunkte des römischen. Im einzelnen ist noch die Bestimmung hervorzuheben, daß, wenn der Nießbrauch an einer beweglichen Sache bestellt ist, ein dingliches Pfandrecht erst durch Uebergabe der Sache begründet wird. Der Nießbrauch an einer unbeweglichen Sache wird mit dinglicher Wirkung nur verpfändet durch Eintragung in das Grundbuch[1]).

Das französische Recht hat wie die Veräußerlichkeit, so auch die Verpfändbarkeit des Nießbrauches anerkannt.

Code civil art. 2118.

Sont susceptibles d'hypothèques:

— — 2) l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

1) Dernburg, Pfandrecht I S. 493.

1) Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts Bd. 1 § 282 Note 14.

Auch der Entwurf läßt in der ersten Lesung die Verpfändung des Rechtes zu (§ 1206 und 1214) und giebt damit eine vom praktischen Gesichtspunkte aus recht befriedigende Lösung des Problems.

Die zweite Lesung des Entwurfs erwähnt die Verpfändung des Nießbrauches überhaupt nicht.

Aus § 1181 Abs. 2 in Verbindung mit § 968 ergiebt sich jedoch, daß der Entwurf II im Gegensatz zur ersten Lesung die Verpfändbarkeit ausschließt.

§ 968 sagt:

„Der Nießbrauch ist nicht übertragbar".

und § 1181:

Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann ein Pfandrecht an dem Rechte nicht bestellt werden.

Hier wie anderwärts folgt dem Entwurf zweiter Lesung der dem Reichstag vorgelegte Entwurf; den §§ 968 und 1181 dort entsprechen hier die §§ 1042 und 1257.

Dritter Abschnitt.

§ 17.

Die Verpachtung des Nießbrauches.

Sehr häufig ist die Verpachtung des Nießbrauches. Es ist dies die Form der wirthschaftlichen Verwerthung, die in Folge ihrer Eigenthümlichkeit, periodische Einnahmen zu gewähren, auch äußerlich der selbstthätigen Ausübung des Nießbrauchsrechtes sehr nahe kommt.

In der Regel greifen für dieses Rechtsverhältniß die allgemeinen Bestimmungen über Pacht und Miethe Platz.

Digitized by Google

Einige Besonderheiten sind zu erwähnen, die sich aus dem Charakter des Mieth- bezw. Pachtgegenstandes leicht erklären. Nicht jeden Nießbrauch kann der Nießbraucher vermiethen bezw. verpachten, und nicht in jeder Weise. Die Quellen geben darüber detaillirte Bestimmungen [1]). Der Usufruktuar darf — das ist Grundprinzip der Beschränkungen — keine Verträge abschließen, die dem arbitratus boni viri widersprechen. Er darf daher z. B. einen Laden, der zum Betriebe eines Geschäftes gedient hat, wohl zum Betriebe eines anders gearteten Geschäftes vermiethen, nicht aber zu einem Zwecke, durch den die Miethsache abgenutzt wird oder in schlechten Ruf kommt [2]). Er könnte ein komfortables Handlungsmagazin nicht als chemisches Laboratorium oder Schmiedewerkstatt, eine Wohnung nicht zum Zwecke der Errichtung einer Spielhölle vermiethen

Es wäre überflüssig, die einzelnen Fälle aufzuzählen, in denen die Quellen die Vermiethung verbieten. Sie erschöpfen den Gegenstand nicht und sind anderseits für die heutigen Verhältnisse zum Theil antiquirt. Wir können aus ihnen nur das Prinzip abziehen, die Anwendung desselben ist nach den verschiedenen Kulturverhältnissen und Lebensanschauungen der verschiedenen Zeiten eine wechselnde.

Besondere Bestimmungen haben die Quellen auch für die Beendigung des Mieth- und Pachtverhältnisses getroffen.

Dieses hört naturgemäß mit dem Erlöschen des Nießbrauches auf.

War die Miethe auf Zeit abgeschlossen, so sind, wenn das Nießbrauchsrecht durch den Tod des Berechtigten sein

---

1) l. 13 § 8 — l. 15 § 5 D. de usufructu 7, 1.
2) l. 27 § 1 D. h. t.

Digitized by Google

Ende gefunden hat, deſſen Erben nicht verpflichtet, den Miether zu entſchädigen. Der Miether hat darauf hier ebenſowenig Anſpruch wie in dem Falle, wo die Miethſache phyſiſch untergeht [3]). Nach dem Verhältniß der Zeit, während welcher er ſich im wirthſchaftlichen Genuſſe der Mietſache befand, hat er den Miethzins zu entrichten [3]).

Wie ſteht es mit den Auslagen, die der Miether auf die Miethſache gemacht hat? Hier hat man zu unterſcheiden.

Wußte der Miether, daß ſein Vermiether nur Nießbraucher ſei, ſo kann er mit der Berechtigung, Erſatz zu verlangen, nur diejenigen Aufwendungen machen, für die auch der Nießbraucher entſchädigt wird. Die Erſatzanſprüche des Nießbrauchers decken ſich aber keineswegs mit denen des Miethers. Denn während ſich dieſer die nothwendigen und nützlichen Auslagen anrechnen darf, werden dem Nießbraucher nur ſolche Verwendungen erſetzt, die mit Zuſtimmung des Eigenthümers oder nach den Grundſätzen der negotiorum gestio oder ſchließlich nothwendiger Weiſe gemacht wurden [4]). Die Erben des Nießbrauchers haften daher nur für die nach dieſer Richtung gemachten Aufwendungen.

Hatte ſich dem Miether aber der Vermiether nicht als Nießbraucher zu erkennen gegeben, ſo daß der Miether annehmen durfte, er habe es mit dem Eigenthümer zu thun, ſo wird dadurch eine ausgedehntere Haftpflicht der Erben begründet; dieſe haben jedoch nicht die Auslagen für Verwendungen zu erſetzen, zu denen der Miether nach den allgemeinen Regeln des Miethsrechts befugt iſt, alſo die Koſten für nothwendige und nützliche Impenſen [5]), ſondern nur den

3) l. 9 § 1 D. loc. cond. 19, 2.

4) Vergl. Elvers a. a. O. S. 534 und Dernburg, Pandekten I § 248 a. E.

5) l. 55 § 1 D. loc. cond. 19, 2.

Digitized by Google

Schaden, den der Miether durch die Unkenntniß der wirthschaftlichen Position des Vermiethers erlitt. Sie werden also von den Kosten der Aufwendungen den Werth abziehen dürfen, den der in Folge der Verbesserung lukrativere Gebrauch der Miethsache repräsentirt. Denn sie haften nicht aus dem Kontrakte, sondern aus der culpa in contrahendo des Vermiethers.

L. 9 § 1 D. loc. cond. 19, 1:

Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: . . . Quid tamen, si non quasi fructuarius ei locavit sed si quasi fundi dominus? videlicet tenebitur: decepit enim conductorem.

Die Quellen behandeln nur den Fall, wo durch den Tod des vermiethenden Nießbrauchers das Recht des Miethers ein unerwartendes Ende findet. Aehnliche Rechtssätze werden auch dann aufzustellen sein, wenn das Miethsverhältniß durch Ablauf der Zeit oder Kündigung aufhört. Nimmt der Miether berechtigter Weise an, daß der vermiethende Nießbraucher Eigenthümer ist, so kann er den Ersatz von nothwendigen und nützlichen Impensen verlangen. Wußte er dagegen oder mußte er wissen, daß sein Vermiether nur Nießbraucher ist, so hat er nur Anspruch auf Ersatz von nothwendigen, vom Nießbraucher konsentirten und nach den Grundsätzen der negotiorum gestio gemachten Verwendungen.

Da der Nießbraucher auch durch Vermiethung oder Verpachtung seinen Nießbrauch wirthschaftlich nutzt, so kann sein Recht durch Nichtgebrauch selbst dann nicht untergehen, wenn der Miether in Wirklichkeit den Nießbrauch nicht ausübt[6]).

Eine Sonderstellung nimmt auch hier wieder der Eigenthümer ein.

---

6) l. 12 § 2, l. 38 D. de usufructu 7, 1.

Digitized by Google

Verkauft dieser sein Grundstück, dessen Nießbrauch er von dem Berechtigten gemiethet hat, so verliert der Nießbraucher durch non usus sein Recht, obwohl er es durch den Bezug des Miethzinses indirekt ausübt.

Diese Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Eigenthümer, der den ususfructus gemiethet hatte, die Sache weiter vermiethet, ohne anzudeuten, daß ein anderer an derselben als Nießbraucher berechtigt ist[7]). Es ist dies eine rein singuläre Bestimmung, wie wir deren in der rechtlichen Behandlung des Eigenthümers bei den uns hier interessirenden Fragen eine ganze Anzahl finden.

Die Quellen heben gelegentlich der Vermiethung ausdrücklich hervor, daß die Rechtslage des Eigenthümers in diesem Falle eine von den allgemeinen Regeln abweichende ist.

l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum: . . . . quamquam si a me conductum usumfructum quis alii locaverit, retinetur ususfructus; sed si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti; non enim meo nomine fruitur colonus.

Werfen wir noch einen Blick auf die Behandlung, die die Nießbrauchsmiethe- und pacht in den neueren Gesetzbüchern gefunden hat, so bestimmt zunächst auch das preußische Recht[8]), daß die Rechtsnachfolger des Nießbrauchers nicht gezwungen seien, den Miethskontrakt fortzusetzen. Sie müssen jedoch — was wir übrigens auch im gemeinen Rechte anzunehmen haben — die gesetzlichen bezw. vertragsmäßigen Kündigungsfristen innehalten. Die Ersatzpflicht für Verwendungen ist ebenfalls ganz nach römischem Rechte geregelt.

7) l. 29 pr. D. qu. mod. ususfr. 7, 4.
8) §§ 388—390 A. L. R. I, 21.

Digitized by Google

Besondere Bestimmungen über Verpachtung bezw. Vermiethung der Güter der Ehefrau, an denen der Mann ein gesetzliches Nießbrauchsrecht hat, trifft das französische Recht (Code civil art. 1429 und 1430). Hiernach können solche Miethsverträge höchstens auf 9 Jahre geschlossen werden, haben aber innerhalb dieser Zeit volle Geltung, auch wenn der Nießbrauch vorher durch Tod oder Ehescheidung erlischt.

Nach dem ersten Entwurfe § 1008 sollen für das Verhältniß des Miethers zu dem Eigenthümer, dem das Nießbrauchsrecht des Vermiethers nach seinem Erlöschen anheimgefallen ist, dieselben Grundsätze maßgebend seien, die für die Beziehung des Miethers zu dem Rechtsnachfolger des Vermiethers in Betracht kommen.

Diese zweckmäßigen Grundsätze entsprechen im wesentlichen dem oben geschilderten Rechtszustande des A.L.R.

Dasselbe sagen § 965 des zweiten und § 1039 des dem Reichstag vorgelegten Entwurfes. Hinzugefügt ist noch die Bestimmung, daß in den Fällen, wo der Nießbrauch in Folge Verzichtes des Nießbrauchers erloschen ist, der Eigenthümer erst von dem Zeitpunkte an kündigen kann, in welchem der Nießbrauch auch ohne den Verzicht erloschen sein würde.

Vierter Abschnitt.

Die Schenkung des Nießbrauches und verwandte Geschäfte.

§ 18.

Die Schenkung des Nießbrauches läßt sich in zweifacher Weise denken. Dem Geschenknehmer wird wie dem Käufer entweder nur ein persönliches Recht auf Ausübung des Usus-fructus eingeräumt, oder es wird ihm ein eigener Nießbrauch bestellt.

Digitized by Google

Für die Rechtsverhältnisse der Schenkung kommen in beiden Fällen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Zwei Besonderheiten sind jedoch hervorzuheben:

1) Während sonst bei der Schenkung dem Beschenkten keine aus dem Vertrage selbst entspringende Verpflichtung obliegt, ist derjenige, der mit einem Nießbrauche bedacht ist, vertragsmäßig gehalten, denselben auszuüben. Dies sprechen zwar die Quellen nicht ausdrücklich aus, sie weisen uns aber indirekt darauf hin.

l. 40 D. de usufr. 7, 1: Marcianus libro tertio institutionum: Quodsi donavero (sc. usumfructum), non alias retineo, nisi ille utatur.

Unterläßt also der Beschenkte die wirthschaftliche Ausbeutung, so verliert der ursprüngliche Nießbraucher durch non usus sein Recht. Daraus läßt sich umgekehrt der Satz herleiten, daß der Nießbrauchsdonatar zu Folge des Schenkungsvertrages verpflichtet ist, den ususfructus thatsächlich auszuüben.

Wenn man dies für richtig hält, so muß man auch annehmen, daß der Schenker in der Regel eine cautio usufructuaria verlangte. Er mußte eine Garantie dafür haben, daß er durch die Nachlässigkeit des Beschenkten keinen Schaden leide. Vollzog sich die Schenkung durch venditio nummo uno, so entsprach diese Verpflichtung der gleichen Pflicht des Käufers. Aber auch sonst versteht sie sich aus dem Wesen der Sache von selbst.

Heute treten diese Pflichten des Nießbrauchsdonatars von Rechts wegen ein.

2) Eine weitere Schwierigkeit bietet das Erforderniß der Insinuation von Schenkungen, deren Werth 500 solidi über-

Digitized by Google

steigt. Wie läßt sich der Werth eines ususfructus überhaupt bestimmen? Daß eine Werthung trotz der Ungewißheit seiner Dauer möglich ist, erkennen schon die Quellen an[1]). Aber für die Werthbestimmung lassen sich keine allgemein gültigen Regeln aufstellen. Der Werth kann vielmehr nur nach den Eigenthümlichkeiten des Einzelfalles bemessen werden.

Es ist daher die Behauptung von Meyerfeld's[2]) unrichtig, daß als Durchschnittswerth des Nießbrauchsrechtes die Hälfte des Werthes der Sache angesehen wird, an der der Nießbrauch bestellt ist. Er stützt seine Ansicht auf l. 6 § 1 D. de usufr. 7, 1 und l. 16 § 1 D. fam. ercisc. 10, 2 und geht dabei von der ungerechtfertigten Voraussetzung aus, daß in den vorliegenden Fällen die beiden Streitenden zu gleichen Theilen berechtigt gewesen seien. Dafür bieten die Stellen durchaus keinen Anhalt.

Im Anschluß an die Schenkung des ususfructus sei noch kurz eine andere Form der unentgeltlichen Ueberlassung des Nießbrauches erwähnt, von der unsere Quellen sprechen, die prekaristische[3]). Hier kann natürlich vom einem dinglichen Rechte nicht die Rede sein. Die Stellung dieses Prekaristen unterscheidet sich in nichts von der Rechtslage desjenigen, dem eine körperliche Sache precario eingeräumt ist.

Sehr häufig war es schließlich in Rom, daß ein ususfructus zur dos gegeben wurde. Dies läßt sich aus der

1) l. 16 § 1 u. l. 17 D. de contr. emptione 18, 1: Nec tamen emptioni obstat, si in ea re ususfructus, dumtaxat amentis sit; officio tamen iudicis pretium minuetur — und l. 15 § 1 D. de evictionibus, 21, 2: Si ususfructus evincatur, pro bonitate fructuum aestimatio facienda est.

2) Franz Wilh. Ludw. von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen des römischen Rechts (Marburg 1835), S. 135 a. E. u. 136.

3) l. 12 § 2 D. de usufr. 7, 1, l. 2 § 3 D. de prec. 43, 26.

Digitized by Google

großen Zahl der Entscheidungen erkennen, die die römischen Juristen in einschlägigen Streitfragen gefällt haben.

Besonderheiten sind nicht aufzuweisen. Die dos ist ein Geschäft, das lediglich durch seinen Zweck charakterisirt wird und für dessen Beurtheilung allein die causa maßgebend ist. Dementsprechend sind auch in unserem Falle, je nach dem Rechtsgeschäft, durch welches die dos bestellt wird, die Grundsätze, die zur Anwendung kommen, verschieden.

Digitized by Google

IV.

Nochmals die actio de in rem verso utilis.

Von Professor **Schloßmann** in Kiel.

Den in meiner Abhandlung in Jhering's Jahrbüchern, Bd. 28 S. 331 ff. enthaltenen Ausführungen über die sog. actio de in rem verso utilis sind in neuerer Zeit zwei Untersuchungen gefolgt, welche in Betreff dieser actio zu abweichenden, aber auch unter einander nicht übereinstimmenden Ergebnissen gelangen.

Lenel, im Arch. für civ. Pr., Bd. 83 S. 354 ff. giebt zu, daß c. 7 § 3 quod cum eo 4, 26 ein Recht vortrage, welches mit allem, was die Quellen sonst über die actio de in rem verso enthalten, in Widerspruch stehe, behauptet aber, daß der Schlußsatz: ‚nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit' von den Kompilatoren dem Reskript angehängt sei, und zwar in der Absicht, die actio de in rem verso auch auf die von Freien geschlossenen Geschäfte zu erstrecken.

v. Tuhr, Actio de in rem verso, S. 293 ff. entnimmt gleichfalls unserer Konstitution den Satz, daß der Geschäftsherr auch aus Geschäften eines freien Geschäftsführers de in rem verso hafte, hält aber den Schlußsatz ‚nisi vel in rem etc.' für einen echten Bestandtheil des Reskripts und versucht den Nachweis, daß eine auf Zulassung einer derartigen Haftung

Digitized by Google

gerichtete Entwickelung ſchon in der Zeit vor Diocletian ſich vollzogen habe.

Wenngleich ich den Ausführungen Lenel's gegenüber meine frühere Auslegung von c. 7 § 3 cit. nicht mehr aufrecht zu erhalten vermag, ſo kann ich mich doch weder mit ſeinen noch mit v. Tuhr's Reſultaten überall einverſtanden erklären und möchte meiner abweichenden Anſicht hier kurzen Ausdruck geben.

Wenn man, wie auch ich jetzt zugebe, die Worte der Konſtitution: ‚cum libero rem agente eius' nur auf einen freien Prokurator beziehen kann, ſo beſagt c. 7 cit. nichts anderes als dieſes: Hat Jemand einem Prokurator, der im Intereſſe ſeines Herrn ein Darlehn aufnimmt, das Geld dargeliehen unter der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Erklärung, ſich an den Prokurator halten zu wollen, ſo wird trotzdem ein Anſpruch gegen den Herrn begründet, wenn entweder der Prokurator das Geld im Intereſſe des Herrn verwendet oder dieſer das in ſeinem Intereſſe geſchloſſene Geſchäft ratihabirt hat.

Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß in den Worten ‚nisi vel in rem eius pecunia processit' eine Uebertragung des Rechts der actio de in rem verso auf Geſchäfte freier Prokuratoren enthalten und damit über das Recht, welches in den anderen Theilen des juſtinianiſchen Geſetzbuchs vorgetragen wird, hinausgegangen iſt. Denn die actio de in rem verso hat ſonſt durchweg Geſchäfte eines Gewaltunterworfenen zur Vorausſetzung; — die gegentheilige Behauptung von v. Tuhr ſoll an ſpäterer Stelle ihre Widerlegung finden.

Aber nicht nur zu dem Rechte der actio de in rem verso, ſondern auch zu dem der actio quod iussu und der actio quasi institoria tritt die c. 7 cit. in offenbaren Gegenſatz, indem ſie gegen den Herrn, welcher das Geſchäft

Digitized by Google

des freien Prokurators ratihabirt hat, dem Darleiher einen Anspruch gewährt.

Wenn Lenel a. a. O. S. 362 sagt, daß der hierauf bezügliche Theil des Reskripts auf dem Boden des bereits geltenden Rechts stehe, so sehe ich nicht, welche Sätze des geltenden Rechts er dabei im Sinne hat. Es könnte hier nur an die beiden genannten Aktionen gedacht werden, und eben für diese fehlt es bei dem hier vorausgesetzten Thatbestande an den sonst im klassischen wie auch im justinianischen Rechte geforderten Voraussetzungen.

I. Die actio quod iussu erfordert ein von einem Gewaltunterworfenen abgeschlossenes Geschäft. Hier würde sie, wenn die Verfasser des Reskripts sie als die zuständige angesehen haben sollten, auf Grund des Geschäfts eines Freien gewährt sein, in vollem Widerspruch mit dem Rechte, welches uns sonst als geltendes in den Quellen entgegentritt.

Anscheinend wird allerdings in c. 13 h. t. 4, 26 (Honorius et Theodosius a. 422), welche im Wesentlichen unverändert aus dem Cod. Theod. II, 31, 1 und II, 32, 1 in den Cod. Just. übergegangen ist, die actio quod iussu auch aus den Geschäften freier Prokuratoren, Kolonen und Pächter zugelassen — die in ihr erwähnten actores waren regelmäßig Sklaven[1]). Aber in dieser Stelle haben wir es mit einem Sonderrecht für die domini possessionum zu thun; überdies ist die Verordnung auch in mehrfacher Beziehung so verworren, daß wir aus ihr irgend welche Schlüsse bezüglich einer nachklassischen Entwickelung der actio quod iussu unmöglich ziehen können. Auch ist zu bedenken, daß auf Grund des in c. 13 cit. vorausgesetzten Thatbestandes schon seit Papinian's Zeiten die auf Freie anwendbare actio quasi institoria ge-

1) Vergl. auch Weber, Die römische Agrargeschichte, S. 267.

Digitized by Google

geben wurde [2]), daß aber zur Zeit der Kaiser Honorius und Theodosius auf eine strenge Scheidung der materiell gleichwerthigen Aktionen bei dem Wegfall ihrer formellen Bedeutung im Prozeß nicht gerechnet werden darf [3]).

Aber auch nach einer anderen Richtung hin enthält die Stelle, auf die actio quod iussu bezogen, eine Abweichung von den diese beherrschenden Grundsätzen. Es würde nämlich das Erforderniß eines vorgängigen iussus oder eines ihr gleichgestellten mandatum preisgegeben sein.

Allerdings heißt es ja in l. 1 § 6 qu. i. 15, 4 (Ulpian. l. XXIX. ad edictum):

Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel filius, quod iussu actio in eos datur.

Ulpian scheint hier also auf das bestimmteste die nachträgliche Genehmhaltung dem vorgängigen iussus gleichzustellen. Damit steht aber eine andere Stelle aus demselben 29. Buche von Ulpian's Ediktskommentar in unlösbarem Widerspruch. L. 5 § 2 de in rem verso 15, 3 sagt:

Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non voluntate eius emit, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio.

Ulpian stellt hier eine Betrachtung darüber an, welche der verschiedenen bei einem vom Sklaven für den Herrn geschlossenen Kaufvertrage zuständige Aktionen in den verschiedenen hierbei

2) Vergl. auch l. 5 de exerc. a. 4, 25 (Diocl. et Maxim.).

3) Daß die Glosse diese Stelle nur auf Sklaven bezieht, ist natürlich für ihre Erklärung nicht von Bedeutung, wohl aber vielleicht, daß ein Scholion des Anatolius (cf. Bas. ed. Heimbach suppl. p. 190 not. 63) ihr gleichfalls nur diese beschränkte Beziehung giebt.

Digitized by Google

möglichen Fällen sich als die zweckmäßigsten empfehlen würde. Wenn er nun hier für den Fall der Ratihabition des Kaufes durch den Herrn den Verkäufer auf die actio de in rem verso verweist, und nicht auf die in solidum gehende actio quod iussu, so ist der Schluß a contrario, daß die letztere hier nicht zuständig sei, unabweisbar, eine Vereinigung der beiden Stellen auch auf dem von v. Tuhr[4]) vorgeschlagenen Wege nicht erreichbar. Ausgehend von der Behauptung, daß der iussus bei der actio quod iussu eine vom Gewalthaber an den Dritten gerichtete Willenserklärung sei, folgert er, daß auch die Ratihabition, um actio quod iussu begründen zu können, dem Gläubiger mitgetheilt sein müsse, eine nur an den Sklaven gerichtete Ratihabitionserklärung dazu nicht geeignet sei, und unterstellt deshalb für l. 1 § 6 qu. i. eine Ratihabition der ersteren, für l. 5 § 2 de in rem verso eine der letzteren Art. Hiergegen aber spricht Folgendes:

1) Wenn — was hier dahingestellt bleibe — zu irgend einer Zeit einmal die actio quod iussu eine an den Dritten gerichtete Erklärung erheischte, so ist doch jedenfalls für die Zeit Ulpian's mit v. Bangerow[5]) und Pernice[6]) ein an den Sklaven gerichtetes Mandat als ausreichend zu erachten.

2) Die Unterscheidung der beiden Arten von Ratihabitionserklärungen ist in den beiden Stellen mit keinem Worte angedeutet. Ulpian spricht in beiden Stellen von der Ratihabition in genau den nämlichen Ausdrücken.

3) Die von v. Tuhr aufgestellte Unterscheidung würde überdies in allen denjenigen Fällen — und es sind vielleicht

4) a. a. O. S. 203 ff.
5) Lehrb. der Pandekten, I S. 447 ff. und die dort angeführten Stellen.
6) Labeo, I S. 506.

Digitized by Google

die im Leben häufigeren — im Stich laſſen, wo die Ratihabition nicht in einer ausdrücklichen Erklärung, ſondern in Handlungen (z. B. Annahme der erworbenen Sache, des entliehenen Geldes) oder in einem rein paſſiven Verhalten (z. B. Zulaſſung der Verwendung des von dem Dritten erlangten Geldes für die Zwecke des Herrn) zu Tage tritt. Wo gar nichts erklärt iſt, da kann auch von einer an den Dritten gerichteten Erklärung nicht die Rede ſein [7]).

Für die Löſung des Widerſtreites ſcheinen nur zwei Wege möglich.

Man könnte annehmen, daß der ganze § 6 der l. 1 quod iussu nicht Ulpian, ſondern die Kompilatoren zu Urhebern habe. Als Veranlaſſung zu der Einſchiebung könnte die bekannte c. 24 § 2 de don. i. v. et u. 5, 16 (Justinian.

---

7) Aus dem gleichen Grunde kann dieſe Unterſcheidung auch nicht mit v. Tuhr (a. a. O. S. 203) zur Beantwortung der Frage verwendet werden, warum, wenn mandatum, voluntas, iussus die actio quod iussu zu begründen vermögen, in einer Reihe von Stellen auch für Fälle eines vorhandenen mandatum etc. nicht jene, ſondern die dem Dritten weniger vortheilhafte actio de in rem verso erwähnt wird. Der Grund iſt jedenfalls der, daß in den einſchlägigen Stellen (a. a. O. S. 203) die actio de peculio mit ihren duae condemnationes als angeſtellt vorausgeſetzt, und unter dieſer Vorausſetzung die Frage, ob ein versum vorliege, erwogen wird. Das tritt beſonders klar in l. 16 h. t. 15, 3 hervor, wo Alfenus ſagt: qui boves vendiderat, nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset. Der dritte Mitkontrahent des Sklaven hatte vielleicht vor Anſtellung der Klage von dem iussus keine Kenntniß gehabt, vielleicht auch aus dem Grunde die actio quod iussu verſchmäht, weil in dem Auftrage an den Sklaven der Kaufpreis auf den Betrag des Erlöſes der vorher zu veräußernden Ochſen limitirt, ihm auch der Baarkauf der neuen Ochſen um dieſen Preis vorgeſchrieben war (et his nummis qui recepti essent alios reparari), und er daher, da der Sklave theurer und nicht gegen baar von ihm gekauft war, mit der actio quod iussu nicht durchzudringen gefürchtet hatte.

Digitized by Google

a. 528) gedacht werden, welche allgemein die Rückziehung der Wirkung der Ratihabition auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses anordnet, und in c. 7 ad SC. Mac. 4, 28 (Justinian a. 530) für einen speziellen Fall zur Begründung der Gleichstellung der Ratihabition mit dem Mandat benutzt wird. Indeß verräth die Sprache des § 6 cit. in keinem Worte die Feder der Kompilatoren; und könnte ihnen auch die Abfassung eines so kurzen Satzes in fehlerlosem Latein allenfalls zugetraut werden, so wäre es doch eine alles Glaubliche übersteigende Liederlichkeit, wenn sie es unterlassen hätten, die entsprechende Aenderung in der gleichfalls der Ediktsmasse angehörigen l. 5 § 2 de in rem verso vorzunehmen. —

Der zweite Weg wäre der Versuch, l. 1 § 6 quod iussu in einer anderen als der sich prima facie darbietenden Weise zu verstehen; und einen solchen Versuch zu wagen, drängt nicht bloß die Unmöglichkeit der Annahme, daß Ulpian sich selbst in demselben Buche in so handgreiflicher Weise widersprochen haben könnte, sondern auch die Erwägung, daß bei Gewährung einer actio quod iussu auf Grund nachträglicher Ratihabition doch die in der demonstratio die Worte ‚quod iussu' enthaltende Formel sprachlich auf den hier vorausgesetzten Thatbestand schlechterdings nicht paßt[8]). —

8) Man könnte diesem Argument gegenüber vielleicht darauf hinweisen, daß auch bei dem interdictum de vi die Formelworte ‚unde tu illum vi deiecisti' von einem Theil der römischen Juristen auch auf den Fall bezogen worden seien, wenn Jemand die von einem Anderen vorgenommene Dejektion ratihabirte, vergl. l. 1 § 14, l. 3 § 10. 11 de vi 43, 16 (Ulpian). Aber wenn man erwägt, daß hier 1) ein Dejiziren im Interesse eines Anderen nothwendig vorausgesetzt werden muß; 2) eine Ratihabition hier nur in einem Verhalten zu sehen sein wird, in welchem eine gewissermaßen die Fortsetzung der Dejektion darstellende Aneignung des durch die Dejektion dem deiectus Entzogenen liegt, so wird die Bezeichnung des Ratihabirenden als Dejizienten bei weitem nicht so sprach-

Digitized by Google

Hält man daran feſt, daß der iussus und das, was ihm gleich geachtet werden ſoll, dem Geſchäfte des Gewaltunterworfenen vorangehen muß und daß andererſeits ‚ratum habere' in den Quellen ſtets nur auf vollendete Handlungen bezogen wird [9]), dann kann, ſo ſollte man meinen, das gerere, welches l. 1 § 6 cit. als Gegenſtand der Ratihabition erwähnt, nicht zugleich gerade dasjenige ſein, aus welchem der mit der actio quod iussu zu verfolgende Anſpruch entſpringt; dieſer kann vielmehr nur in einem der Ratihabition nachfolgenden Geſchäft wurzeln.

Alſo: hat der Herr die Geſchäftsführung ſeines Sklaven ratihabirt, ſo kann er aus einer n a c h der Ratihabition ſich fortſetzenden Geſchäftsführung mit der actio quod iussu belangt werden; denn in der nachträglichen Genehmigung der bisherigen gestio iſt — unter Umſtänden — auch eine Ermächtigung zur Fortſetzung enthalten.

Es ſind dieſelben Erwägungen, die, wie ich glaube, uns auch das Verſtändniß der vielumſtrittenen l. 60 de R. J. 50, 17 (Ulpian. l. III disput.) zu eröffnen geeignet ſind:

> Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione —

und ein näheres Eingehen auf dieſe Stelle wird vielleicht auch dem Verſtändniß der l. 1 § 6 quod iussu zu Gute kommen [10]).

Dieſe Stelle ſteht bekanntlich, in der herkömmlichen Weiſe

---

widrig erſcheinen, wie die Unterſtellung des ratum habere unter die Formelworte ‚quod iussu'

9) Vergl. B e r t o l i n i, La ratifica degli atti giuridici, p. 6 sq.

10) Vergl. über die verſchiedenen m. E. durchweg anfechtbaren Erklärungsverſuche zu dieſer Stelle B e r t o l i n i l. c. p. 39 sq.; C o g l i o l o, Amministrazione degli affari altrui, I p. 453; P a c c h i o n i, Gestione degli affari altrui, p. 334 sq.

Digitized by Google

verſtanden, in Widerſpruch mit l. 8 (9) de neg. gest. 3, 5 (Scaevola l. 1 quaest.). Wie bei l. 1 § 6 cit. iſt auch hier der angeblich die actio mandati begründende Thatbeſtand mit den Formelworten (Quod Nus Nus Ao Ao mandavit) nicht vereinbar. Und endlich iſt irgend ein praktiſches Intereſſe nicht denkbar, welches den Juriſten — namentlich bei Erörterung einer quaestio — bewogen haben könnte, die Zuſtändigkeit der actio mandati (contraria) zu betonen, wo unzweifelhaft die hier zu demſelben Ziele führende actio negotiorum gestorum contraria zuſtändig war.

Man pflegt den erſten Satz der Stelle auf Bürgſchaftsleiſtung zu beziehen. Aber intervenire pro aliquo bedeutet häufig auch ganz allgemein: für Jemanden eintreten, für das Intereſſe eines Anderen thätig ſein, fremde Geſchäfte führen, und wird beſonders auch mit Bezug auf diejenigen gebraucht, welche eine allgemeine Geſchäftsführung für andere übernommen haben, wie tutores, curatores, procuratores, actores municipum[11]); und es in dieſem allgemeinen Sinn zu verſtehen, gebietet hier die Parallele mit dem allgemein von ‚quod gestum est' redenden zweiten Satze. Danach ſcheint mir folgender Sinn mit der Stelle vereinbar: wenn Jemand es ruhig hat geſchehen laſſen, daß ein Anderer ſeine Geſchäfte beſorgte, dann iſt er als Auftraggeber anzuſehen; aber auch wenn Jemand die nicht aufgetragene Geſchäftsführung eines Anderen nachträglich ratihabirt hat, ſo iſt er, wenn dieſer die Geſchäftsführung fortſetzt, ebenſo zu

11) In dieſer Bedeutung findet ſich intervenire pro aliquo z. B. in l. 40 § 4 de proc 3, 3. l. 2 qu. cuiusque univ. 3, 4. l. 17 § 2 de damno inf. 39, 2. l. 11 § 2 de iniuriis 47, 10. Vergl. ferner l. 10 § 13 de in ius voc. 2, 4. l. 24 de minor. 4, 4. l. 48 de O. et A. 44, 7. l. 7 de incend. 47, 9. l. 13 § 1 de publ. iud. 48, 1. Statt pro aliquo intervenire findet ſich auch negotiis alicuius intervenire.

behandeln, als hätte er sie ausdrücklich aufgetragen, und haftet er mit der actio mandati.

Daß diese Sätze an sich richtig sind, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen: wer wissentlich fremde Einmischung in seine Geschäfte zuläßt, obwohl er sie hindern kann, der stimmt der Geschäftsführung zu; das konkludente Schweigen steht hier einem ausdrücklichen Auftrage gleich. Aber auch in der Genehmigung einer, nicht wie im vorigen Falle sich eben abspielenden, sondern bereits abgeschlossenen Geschäftsführung kann zugleich die vorgängige Ermächtigung zu künftiger Geschäftsführung enthalten sein[12]). Wenn z. B. die Wirthschafterin, die Jemand in seinem Hause angestellt hat, zunächst ohne seinen Auftrag und ohne sein Wissen alle Anschaffungen für seinen Haushalt gemacht und die dazu erforderlichen Geschäfte geschlossen hat, und er dann bei Vorlegung der Rechnungen alles genehmigt hat, so wird sie, wenn er nicht etwa für die Zukunft ihr selbständiges Handeln sich verbeten hat, aus der in gleichem Sinne fortgesetzten Geschäftsführung mit der actio mandati Ersatz ihrer Auslagen fordern können.

Diese mit den Worten Ulpian's durchaus vereinbare Auslegung der kurzen von den Kompilatoren aus ihrem Zusammenhange herausgerissenen Stelle bringt sie nicht nur in Einklang mit l. 8 (9) de neg. gest.; sie stellt auch die Harmonie zwischen Formelworten und Thatbestand her; sie läßt endlich auch einen praktischen Zweck von Ulpian's Bemerkung erkennen. Denn bezieht sich die Ratihabition als solche nicht

12) In diesem Sinne ist auch l. 8 quod cum eo 14, 5 (Paulus) zu verstehen, welche denselben Gesichtspunkt für die Beurtheilung des Verhältnisses des Geschäftsherrn zu Dritten verwerthet (vergl. meine Abh. „Das Kontrahiren mit offener Vollmacht" in den Kieler Festgaben für Ihering S. 234 (20), vergl. auch l. 5 § 9 de inst. a. 14, 3 u. a. a. O. S. 232 (18).

auf die Geschäftsführung, welche die mit actio mandati verfolgbaren Ansprüche erzeugen solle, kommt sie für diese vielmehr nur als in die Zukunft wirkende Ermächtigung in Betracht, dann ist es für den Geschäftsführer in der That nicht ohne praktische Bedeutung, ob er auf die actio negotiorum gestorum angewiesen ist, oder sich der actio mandati bedienen kann. Denn eine actio negotiorum gestorum würde in Ermangelung nachträglicher Genehmigung den Nachweis der Nützlichkeit seiner Geschäftsführung erheischen; bei der actio mandati würden seine Ersatzansprüche schon begründet sein, wenn er sich nachweislich in den Bahnen seiner früheren Geschäftsführung weiter bewegt hätte.

II. Wenn die Verfasser des Nisi-Satzes an die actio quasi institoria gedacht haben sollten, dann würde in dem freien Stande des rem domini agens ein störendes Moment allerdings nicht gelegen sein; wohl aber müßte auch hier Bedenken erregen, daß nachträgliche Genehmigung einer praepositio gleichgeachtet wäre. Denn nicht nur wird überall, wo diese actio erwähnt wird, vorgängiger Auftrag vorausgesetzt, sondern in l. 13 § 25 de a. e. v. 19, 1 von Papinian mit besonderem Nachdruck ein Mandat als Grundlage der actio quasi institoria hervorgehoben: si modo rem vendendam mandavit.

Es verdient hierbei bemerkt zu werden, daß in den Basiliken an der unserer const. 7 § 3 entsprechenden Stelle (XVIII c. 19 suppl. p. 189) die Genehmhaltung ausdrücklich als eine vorgängige erwähnt wird:

ἢ ἔφθασεν ἐκεῖνος τὸ πραχθὲν ἐγγίσασθαι (vel prius ille quod gestum est ratum habuerit).

Ob dieses ‚ἔφθασεν' auf einer anderen Kodexhandschrift, als der unserem Texte zu Grunde liegenden, beruht[18]), oder ob

18) Im Cod. Veron. fehlt c. 7 cit.

vielleicht ſchon die Verfaſſer der Baſiliken oder die Juriſten, deren Schriften jene benutzt haben, Bedenken gegen eine Klage auf Grund nachträglicher Ratihabition hegten und darum eine vorgängige Genehmigung in Widerſpruch mit der Kodexſtelle erſt unterſtellt haben, das läßt ſich nicht ſagen. Gegen eine abweichende Kodexlesart würde aber die Thatſache ſprechen, daß ratum habere ſtets nur die nachträgliche Genehmhaltung bezeichnet.

Wir haben ſomit feſtgeſtellt, daß die Abweichung der c. 7 § 3 cit. von dem ſonſt durch die Quellen bezeugten Recht noch erheblich weiter geht, als bisher angenommen wurde.

Dabei aber fällt weiter ins Gewicht, daß in Anſehung der actio de in rem verso der aufgewieſene Widerſpruch nicht bloß zwiſchen dem Kodex und den übrigen Rechtsbüchern, ſondern auch innerhalb des Kodex ſelbſt und zwar zwiſchen c. 7 cit. und einem anderen Reſkript derſelben Kaiſer und aus demſelben Jahr — c. 4 si tutor 2, 24 (25) — beſteht[14]), wie ich in meiner Abhandlung in Jhering's Jahrb., Bd. 28 S. 334 ff. gezeigt und auch Lenel a. a. O. S. 361 anerkannt hat.

Auch hier iſt der Verſuch von v. Tuhr, den Widerſtreit als einen nur ſcheinbaren darzuſtellen, als fehlgeſchlagen zu bezeichnen. v. Tuhr verſucht der ſchroffen Ablehnung jeder actio in c. 4 cit. (nullam prorsus adversus vos actionem competere manifestum est) ihre Schärfe dadurch zu nehmen, daß er als Grund der Nichtgewährung einer

14) Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Isidoro. Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus eum ipsius contractum habuit et ab ipsis stipulatus est nullum ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est. D. V. K. Mai. Heraclitae A. A. conss.

Digitized by Google

actio de in rem verso den Mangel einer versio aus der konkreten Sachlage zu erweisen unternimmt. Zu diesem Zwecke zieht er c. 4 de i. i. rest. min. 2, 21 [15]) heran. Weil diese und c. 4 cit. die gleiche Inskription und Subskription tragen, werden beide von ihm als Stücke eines und desselben Reskripts angesprochen. Infolge dessen hält er sich für berechtigt, die aus c. 4 de i. i. rest. zu entnehmenden thatsächlichen Momente zur Rekonstruktion des in der Frage des Imploranten vorgetragenen Gesammtthatbestandes mit zu verwenden. Sein Resultat ist dieses: Aus der Sachdarstellung ergab sich den Kaisern nicht klar, ob das Darlehen dem Kuranden selbst oder den Kuratoren gegeben worden sei; sie haben daher in ihrem Reskript beide Möglichkeiten berücksichtigt: ist der Vertrag mit dem Minderjährigen geschlossen, dann ist ihm Restitution zu gewähren; ist mit den Kuratoren kontrahirt, dann soll eine actio nur gegen diese stattfinden, gegen den minor eine solche überhaupt nicht begründet, also auch für das Begehren einer Restitution keine Veranlassung sein. Aus der Zulassung der Restitution für den ersten Fall schließt nun v. Tuhr, daß die Erfordernisse der Restitution unbestrittenermaßen vorlagen oder wenigstens von dem Anfragenden behauptet waren; das Geld sei dem minor nicht zu Gute gekommen, sondern vom Kurator zu eigenen Zwecken oder jedenfalls nicht zu Nutzen des Minderjährigen verwendet worden; aus diesem Grunde allein sei jede, auch eine actio de in rem verso für unzulässig erklärt worden.

---

15) Diocletianus et Maximianus A. et CC. Isidoro. Si minorem te quinque et viginti annis fuisse, cum contraheres, ostenderis, et tempora restitutionis praestituta excessisse ab adversario tuo comprobatum non fuerit, praeses provinciae in integrum restitutionis dare tibi auxilium debeat. D. V. K. Mai. Heracliae A. A. conss.

Digitized by Google

Diese Argumentation scheint mir in allen Stücken verfehlt.

Aus der Gleichheit des Adressaten und der Subskription der beiden Konstitutionen ist zunächst keineswegs mit Nothwendigkeit zu schließen, daß beide nur Theile eines und desselben Reskriptes gewesen seien. Warum sollten nicht von demselben Isidorus mehrere Anfragen in Betreff verschiedener Angelegenheiten an die Kaiser gerichtet und dieselben in verschiedenen, aber unter demselben Datum ergangenen Reskripten beantwortet worden sein? Oder, wenn schon beide nur Theile eines einzigen Reskriptes gebildet haben, warum soll dieses neue Reskript nicht durch eine oder zwei auf zwei verschiedene Angelegenheiten bezügliche Anfragen veranlaßt gewesen sein können? Der Inhalt der beiden Konstitutionen weist auf einen inneren Zusammenhang weder in den thatsächlichen Momenten noch in den Rechtsentscheidungen hin. Fügt man sie zusammen, so erhält man kein einheitliches Ganze. Aus jeder von beiden läßt sich der von dem Anfragenden vorgebrachte Thatbestand mit voller Sicherheit ersehen: aus c. 4 si tutor, daß der Dritte den Kuratoren das Geld gegeben und von ihnen sich die Rückzahlung stipulirt hatte; aus c. 4 de i. i. rest., daß der Anfragende selbst kontrahirt hatte. Erst durch die Zusammenfügung beider Konstitutionen hat v. Tuhr das Bedürfniß, das gegenseitige Verhältniß jener verschiedenen Thatbestände zu ermitteln, sich selbst geschaffen und so sich genöthigt gesehen, eine Unvollständigkeit des thatsächlichen Parteivorbringens, welche bei der Einfachheit des vorliegenden Thatbestandes von vornherein sehr unwahrscheinlich ist, zu unterstellen.

Daß es sich in Wahrheit um zwei ganz verschiedene Fragen und Thatbestände handelt, ergiebt sich auch aus einem äußeren Symptom, nämlich daraus, daß in c. 4 de i. i. rest. Isidorus als einziger Interessent erwähnt und angesprochen

Digitized by Google

wird (te — tuo — tibi —), in c. 4 si tutor dagegen die Kaiser von und zu mehreren Interessenten reden (vestra persona — adversus vos)[16]). Es handelt sich also in der ersten Frage um eine den Isidorus allein angehende Angelegenheit, in der anderen um eine solche, in der er mit Anderen, wahrscheinlich mit seinen minderjährigen Geschwistern gemeinschaftlich betheiligt war.

Die Annahme von v. Tuhr endlich, daß das von den Kuratoren aufgenommene Geld nicht an den Minderjährigen gelangt sei, ist zu kühn, um einer Erörterung zu bedürfen, zumal in c. 4 si tutor die Begründung für die Versagung jeder actio gegen den Anfragenden völlig unzweideutig in dem hypothetisch angeführten Umstande liegt, daß der Darleiher nur zu den Kuratoren in ein Vertragsverhältniß getreten ist, und von ihnen die Rückzahlung des Darlehns sich hat promittiren lassen.

---

16) Die Anrede vos — vestra persona auf eine einzelne Person zu beziehen, würde dem lateinischen Sprachgebrauch des 3. Jahrhunderts, welchem sämmtliche hier erwähnten Konstitutionen angehören, zuwiderlaufen; der Majestätsplural in der Anrede tritt nach den Nachweisungen von Chatelain, Du pluriel de respect en latin (Revue de philologie, T IV p. 129 sq.) erst im 5. Jahrhundert und zwar auch nur immer in der an einen Höherstehenden gerichteten Anrede auf, — hier allerdings auch abwechselnd mit dem Singular (vergl. auch Mommsen, Die Inschrift von Hissarlik, in Hermes, Bd. 17 S. 540 ff.) Die von Dirksen, Manuale lat. s. v. vester angeführten Stellen (c. 18, 22 de solut. 8, 42 Diocl. et Maxim.) sind unbeweisend. Wenn in c. 18 cit. die Kaiser abwechselnd im Singular und im Plural zu den Anfragenden sprechen, (procurator tuus — mandaveras — vestrae pecuniae), so zeigt das an denselben Adressaten Domitius Aphobus gerichtete Reskript aus demselben Jahre c. 1 si in communi 2, 25, daß Aphobus eine Schwester hatte, mit der ihm gewisse Vermögensangelegenheiten gemeinsam waren, und es ist nicht zu bezweifeln, daß eine derselben auch in c. 18 cit. vorlag, daß tu und vos also hier keineswegs, wie Dirksen behauptet, synonym gebraucht sind.

Digitized by Google

Nach alledem wird man in der That annehmen müssen, daß der Nisi-Satz in c. 7 § 3 cit. dem Reskript von Diocletian und Maximian fremd war und erst später ihm angehängt worden ist. Ob er von den Kompilatoren herrührt oder ein postjustinianisches Glossem darstellt, wird sich schwerlich entscheiden lassen. Bei der auch in dem ersten Theil der Konstitution unverkennbar hervortretenden Einwirkung der Kompilatoren [17]) spricht die Vermuthung für die erstere Annahme. In welcher Absicht die Interpolation erfolgt ist, und welcher Erfolg ihr für das geltende Recht zugeschrieben werden muß, das soll später untersucht werden. Vorher ist noch die Behauptung von v. Tuhr, der Nisi-Satz sei ein echter Bestandtheil des Reskriptes und das Resultat einer auf Anerkennung einer auf actio de in rem verso utilis abzielenden Entwickelung [18]), einer kurzen Prüfung zu unterziehen.

1) v. Tuhr kommt zunächst von neuem auf die vielbesprochene l. 82 pro socio 17, 2 zurück, welche aber bei ihrer Zweideutigkeit wohl endlich in dem ganzen Streit als neutrales Gebiet behandelt zu werden verdiente. Jedenfalls ist es nicht angängig, den Sinn der l. 82 cit. mit v. Tuhr (S. 308) mit Rücksicht auf c. 7 § 3 cit. bestimmen zu wollen, für deren Interpretation und historische Bestimmung er ja gerade aus ersterer Stelle Material gewinnen will. Ein Moment, welches vielleicht in ihr noch zu Gunsten der sie auf das interne Verhältniß der Gesellschafter beschränkenden Auslegung angeführt werden könnte, wäre die Berufung Papinians auf das ius societatis. Das Gesellschaftsrecht regelt doch nur das Verhältniß der socii unter einander, und die Haftung eines Gesellschafters aus den Geschäften eines anderen Gesellschafters gegenüber Dritten wird so wenig durch

17) Vergl. Lenel, a. a. O. S. 357 ff.
18) a. a. O. S. 307 ff.

das ius societatis geregelt, wie die Haftung des Herrn aus einem Kaufgeschäfte des Institors durch das Recht des Kaufes bestimmt wird.

2) Die von v. Tuhr S. 308 angeführte l. 27 pr. de R. C. 12, 1 (Ulpian. l. X. ad edictum) beruht, ebenso wie l. 4 de vi 43, 16 (Ulpian. eod. l.), sicher auf einem Sonderrecht für die Gemeinden — das 10. Buch des Ulpianischen Ediktkommentars handelt von der actio adversus municipes [19]) — einem Sonderrecht, welches wohl ebensosehr auf billiger Rücksicht auf die actores municipum, wie auf dem Bestreben beruhte, die Gemeinden gegen Untreue ihrer Beamten sicher zu stellen.

3) Bei c. 3 quando ex facto 5, 39 und c. 2 § 1 de cur. fur. 5, 70, welche beide von einem dem Vormunde im Interesse des Mündels [eius nomine [20]), ob eius utilitatem] gegebenen Vorschuß handeln, kann an eine a. negotiorum gestorum des Darleihers gedacht werden, wie sie uns in l. 5 § 3 de neg. g. 3, 5 entgegentritt [21]).

4) In l. 4 § 1 de evict. 21, 2 (Papinian) hat die Eviktionshaftung des Mündels nicht in der versio ihre Grundlage; vielmehr erscheint die auf anderem Grunde beruhende Haftung mit Rücksicht auf das Reskript von Antoninus Pius (l. 5 pr. 26, 8, l. 1 pr. eod., l. 3 pr. 13, 6) auf den Betrag der Bereicherung eingeschränkt, wie ja aus dem gleichen Grunde auch der Unmündige durch die Geschäfte des von ihm ohne Mitwirkung des Vormundes bestellten Institors nur bis zum Belauf der Bereicherung verpflichtet wird [22]).

5) In c. 1 si aliena res 8, 15 handelt es sich um eine

19) Vergl. Lenel, Edikt, S. 81.
20) Vergl. meinen „Besitzerwerb durch Dritte", S. 38 ff.
21) Vergl. meine Abh. in Ihering's Jahrb., Bd. 28 S. 301 ff.
22) l. 9. 10 de inst. a. 14, 3.

Digitized by Google

exceptio doli zur Geltendmachung eines Retentionsrechts, welches auch sonst in zahlreichen Stellen gewährt wird, wo die Aufhebung der thatsächlichen Wirkung eines ungültigen Rechtsgeschäftes in Frage ist, und die Billigkeit den früheren Zustand soweit möglich für beide Theile herzustellen gebietet [23]).

6) In c. 19 de proc. 2, 12 (Diocl. et Maxim.), in welcher übrigens nicht bloß, wie v. Tuhr anzunehmen scheint, eine Einrede, sondern eine Klage in Rede ist (hoc tibi restitui iubebit), liegt gewiß die echte actio de in rem verso vor. Mit den Worten alieni actores sind die Sklavenaktoren deutlich bezeichnet, wie ja die actores regelmäßig Sklaven gewesen sind [24]).

Aus allen diesen Entscheidungen läßt sich also ein allgemeines Rechtsprinzip, das in ihnen so wie in c. 7 § 3 cit. wirksam wäre, nicht entnehmen; am allerwenigsten ein Rechtsprinzip, bei welchem es auf die von v. Tuhr für die actio de in rem verso behauptete Voraussetzung: Bestehen eines Liberationsanspruches des Vertreters gegenüber dem Vertretenen, ankäme; denn dieses Moment hat v. Tuhr nicht diesen Stellen entnommen, sondern in sie hineingetragen.

Man wird also trotz v. Tuhr's Gegenausführungen bei der Annahme einer Interpolation stehen bleiben müssen.

Gleichwohl vermag ich mich der Folgerung Lenel's, daß durch die interpolirte c. 7 § 3 cit. die actio de in rem verso utilis für das justinianische Recht eingeführt worden sei, nicht anzuschließen, und zwar aus dem Grunde, weil mir

23) Vergl. Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht, S. 57 ff. und die dort angeführten Stellen. Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, daß in c. 1 si aliena res das Wort dumtaxat zu exceptio („wenigstens eine exceptio", vergl. Hefte, Bedeutung und Anwendung der taxatio, S. 8) und die Worte ‚quod numeratum est' zu ‚exsolvi' gezogen werden müssen.

24) Vergl. oben S. 318.

die Absicht, das bestehende Recht hier zu ändern, nicht genügend erhellt.

Es scheint nicht glaublich, daß gerade in dem Jahre, welches zwischen der Publikation der Pandekten und Institutionen und der des Codex repetitae praelectionis lag, die Rechtsänderung von den Kompilatoren beschlossen sein sollte; nicht glaublich, daß sie diese das bisherige Recht, wie es in den Institutionen und in ausführlichster Weise in den Pandekten zum Ausdruck gekommen war, umstürzende Aenderung in so unscheinbarem Gewande ins Leben eingeführt haben sollten; — Justinian hätte schwerlich unterlassen, sie in einer breitspurigen Konstitution der Welt zu verkünden; — nicht glaublich zuletzt, daß die Kompilatoren, wenn sie vielleicht davor zurückscheuten, die durch die Rechtsänderung erforderten unzähligen Interpolationen in den Pandekten vorzunehmen, es übersehen haben sollten, wenigstens die das bisherige Recht so kategorisch aussprechende c. 4 si tutor auszuscheiden oder gleichfalls in entsprechender Weise umzugestalten.

Wie anders aber sollen wir uns die Interpolation erklären? Ich meine, die Erklärung liegt nicht fern. Interpolationen sind von den Kompilatoren nicht nur vorgenommen worden, um das bestehende Recht zu ändern oder die benutzte alte Quelle mit dem veränderten Rechtszustande zur Zeit Justinian's in Uebereinstimmung zu bringen und sie dadurch für das Gesetzbuch verwendbar zu machen. Sehr häufig sollten Interpolationen nur zur Verdeutlichung dessen dienen, was der alte Text darbot, mitunter offenbar auch nur dazu, das in jenen knapp und prägnant Gesagte durch volltönendere Sätze, die klaren und schlichten Linien der klassischen Ueberlieferung nach Art des Barockstils durch Anbringung von schwülstigen und ausladenden Ornamenten eindrucksvoller zu gestalten. Bei diesem letzteren Bestreben ist es den Kompilatoren bekannt-

lich nicht selten begegnet, daß sie den klaren Sinn des benutzten Textes, ohne es zu merken, in Unsinn verkehrten. Sollte es da undenkbar sein, daß sie — oder der einzelne mit der Stelle befaßte Bearbeiter — in solcher Absicht in einer unglücklichen Stunde, in der Meinung bestehendes Recht vorzutragen, einen Schnörkel angehängt haben, der das Recht fälschte, der aber eben darum dem, was sich aus dem gesammten übrigen Quellenmaterial ergiebt, weichen muß[25])?

Zum mindesten ist demnach die Absicht der Rechtsänderung als unerwiesen zu erachten. Es bleibt die Antinomie zwischen c. 7 § 3 cit. und c. 4 si tutor bestehen; denn die kategorische Form der letzteren schließt — namentlich wenn man die in der Bestimmung der Reskripte begründete und von den Kaisern allgemein geübte Gepflogenheit bedenkt, auch ihnen nicht ausdrücklich mitgetheilte Thatbestandsmomente hypothetisch zu ergänzen und in ihrem Rechtsbescheide zu berücksichtigen — die kategorische Form von c. 4 cit. schließt es aus, in c. 7 § 3 eine nähere Bestimmung und Einschränkung der c. 4 cit. zu sehen. So heben beide Stellen sich gegenseitig auf, und es entfällt damit auch für das gemeine Recht die Grundlage für eine actio de in rem verso utilis.

25) Die zahlreichen von Gradenwitz (Interpolationen in den Pandekten) und von Eisele, Ztschr. der Sav.-Stift., Bd. 10 S. 296 ff., Bd. 11 S. 1 ff., Bd. 13 S. 118 ff. nachgewiesenen Interpolationen bieten ein umfassendes Material zur Bestätigung der obigen Bemerkungen und darunter auch Beispiele unbewußt in die Quellen hineingetragener Widersprüche.

Digitized by Google

V.

Zur Lehre von der Schuldübernahme.

Urtheil des VI. Civilſenats des Reichsgerichts v. 24. Mai 1894. Entſch. Bd. 33 Nr. 39 [1]).

Beſprochen von Prof. Dr. **Kipp** in Erlangen.

Das vorliegende Urtheil behandelt einige Fragen der Schuldübernahme. Um den einer Beſprechung wie die gegenwärtige billiger Weiſe zu ſteckenden Raum wenigſtens nicht zu weit zu überſchreiten, iſt die Erörterung thunlichſt ſtreng auf die von dem Urtheil ſelbſt berührten Fragen beſchränkt, auch in dem Eingehen auf die vorhandene reichhaltige Literatur möglichſte Sparſamkeit beobachtet.

I.

Zunächſt handelt es ſich um die vielbeſtrittene Frage, auf welche Weiſe bei einer zwiſchen dem alten Schuldner und dem Schuldübernehmer vereinbarten Schuldübernahme der Gläubiger Rechte gegen den Uebernehmer erwirbt. Ueber dieſe Frage iſt auch die Praxis des Reichsgerichts nichts weniger als feſt.

---

1) Dieſe Blätter hatte ich an die Redaktion vor dem Erſcheinen der Beſprechung des nämlichen Urtheils von Eck, Bd. 35 S. 294 ff. eingeſandt. Ich habe ſie mir ſodann zurückerbeten, um in einigen Anmerkungen zu den Ausführungen von Eck Stellung zu nehmen, und dieſe Gelegenheit benutzt, um die inzwiſchen erſchienene neueſte Faſſung des Entwurfes des Bürgerl. Geſetzbuchs (Reichstagsvorlage) zu berückſichtigen.

1) Bei der Veräußerung eines kaufmännischen Geschäfts mit Aktiven und Passiven wird dem Uebertragungsvertrage an und für sich nicht die Wirkung beigelegt, daß die Geschäftsgläubiger den Uebernehmer in Anspruch nehmen können, wohl aber wird solche Wirkung dem Vertrage in Verbindung mit gewissen anderen Akten zuerkannt: öffentliche Bekanntmachung der Uebernahme der Passiva, deren Bekanntmachung durch Cirkulare, Beibehaltung der bisherigen Firma, auch Anmeldung der Uebernahme der Passiva zu den Registerakten [1]). Das Verhältniß dieser Akte zu dem Schuldübernahmevertrage selbst wird nicht immer näher bestimmt. Wenn in ihnen mit dem I. Sen. Bd. 17 Nr. 22 eine Erklärung des Willens des Uebernehmers gesehen wird, den Gläubigern haften zu wollen, so kann dieser Wille auch in dem Vertrag selbst zum Ausdruck kommen und aus anderen Kennzeichen festgestellt werden. Dies ist auch die Meinung des III. Sen. Bd. 32 Nr. 40 S. 158 f. [2]). Nicht übereinstimmend äußern sich die Urtheile darüber, ob eine Acceptation seitens der Gläubiger erforderlich ist. Der III. Senat hat zuerst (9. Juli 1880, Bd. 2 Nr. 16) bei Fortsetzung des Geschäfts unter der alten Firma oder öffentlicher handelsüblicher Bekanntmachung der Uebernahme eine Offerte

1) Vergl. III. Sen. 9. Juli 1880, Entsch., Bd. 1 Nr. 16 S. 55 f.; II. Sen. 9. Januar 1883, Bd. 8 Nr. 16 S. 66; I. Sen. 18 April 1883, Bd. 10 Nr. 11 S. 47; III. Sen. 12. Januar 1886, Bd. 15 Nr. 13 S. 53 f.; I. Sen. 5. Februar 1886, Bd. 15 Nr. 26 S. 133; I. Sen. 20. April 1887, Bd. 17 Nr. 22 S. 96 ff. (das entscheidende Gewicht der Fortsetzung der Firma ist hier bezweifelt; ebenso vom O.L.G. Braunschweig 3. Juli 1889, Seuffert, Bd. 45 Nr. 181); I. Sen. 27. Februar 1892, Bolze, Bd. 14 Nr. 338; IV. Sen. 27. Oktober 1892, Bolze, Bd. 15 Nr. 273; V. Sen. 31. Mai 1893, Seuffert, Bd. 49 Nr. 168; III. Sen. 12. Jan. 1894, Entsch., Bd. 32 Nr. 40.

2) Ebenso O.L.G. Hamburg 26. April 1892, Seuffert, Bd. 48 Nr. 47; O.L.G. Braunschweig 4. April 1892, Seuffert, Bd. 48 Nr. 100.

an die Gläubiger als vorliegend angesehen, welche freilich einer besonderen Zustimmung oder ausdrücklichen Annahme nicht bedürfe, danach aber — und als eine Offerte, doch irgend einer Annahme allerdings zu bedürfen scheint. Derselbe Senat erklärte zwar später (12. Januar 1886, Bd. 15 Nr. 13), die Haftung des Uebernehmers trete bei entsprechender Bekanntmachung oder Fortsetzung des Geschäfts unter der gleichen Firma ohne weiteres ein, hat aber dann wieder (12. Januar 1894, Bd. 32 Nr. 40) ausgeführt, daß, wenn der Uebernahmevertrag selbst die Rechte der Gläubiger begründen will, „die Gläubiger nicht von selbst sofort, sondern erst mit ihrem Beitritt selbständige Forderungsrechte gegen den Uebernehmer erwerben". Es ist nicht sicher, ob dies auch für den Fall gelten soll, wenn die Gläubigerrechte auf die öffentliche Bekanntmachung oder ihr gleichstehende Akte gegründet werden sollen; ein Grund, hier anders zu entscheiden, ist aber nicht zu finden. Bestimmt erklärt die Acceptation der Gläubiger für überflüssig der V. Senat, 31. Mai 1893, Seuffert, Bd. 49 Nr. 168 [1]).

2) Anlangend die Uebernahme der persönlichen Schuld durch den Erwerber des hypothekarisch belasteten Grundstückes kommen die zahlreichen Entscheidungen, welche auf dem Boden des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 ergangen sind,

1) Acceptation scheint nicht zu verlangen O.L.G. Hamburg a. a. O., O.L.G. Braunschweig verlangt sie, wenn die Schuldübernahme als den Gläubigern gegenüber wirksam in dem Vertrage selbst vereinbart war, leugnet ihre Nothwendigkeit dagegen inkonsequent dem Cirkular gegenüber. In einem anderen Fall von Schuldübernahme will dasselbe Gericht (15. Oktober 1887, Seuffert, Bd. 44 Nr. 14) ein unmittelbares und direktes Klagerecht des Gläubigers anerkennen, wenn feststeht, daß die Parteien beabsichtigt haben, dem Gläubiger einen neuen Schuldner zu gewähren oder doch zu offeriren. In dem letzteren Falle aber ist doch die Acceptation wohl unentbehrlich.

Digitized by Google

wegen der klaren Bestimmung des § 41 das. hier nicht in Betracht. Unabhängig von diesem Gesetz ist eine Entscheidung des I. Hülfssenats vom 10. Februar 1882, Entsch., Bd. 7 Nr. 41. Dort ist angenommen, wenn beim Verkauf des belasteten Gutes der Käufer die Schuld übernimmt, und dabei die Vertragsabsicht der Kontrahenten ist, zugleich zum Vortheil des Gläubigers zu handeln und demselben in der Person des Uebernehmers einen neuen Schuldner zu gewähren oder doch zu offeriren, so reicht dies zur Begründung der Klage des Gläubigers gegen den Uebernehmer aus. Das Gericht erklärt es dabei für gleichgültig, ob der Vertrag als ein Vertrag mit unmittelbarer Zuwendung eines Vortheils an einen Dritten oder vielmehr als eine Kollektivofferte der Kontrahenten an den Gläubiger aufgefaßt werde, da in der Klage des Gläubigers sowohl eine Aneignung des dem Gläubiger bedungenen Vortheils als eine Acceptation der Kollektivofferte zu finden sei.

Bestimmt für die Annahme einer Kollektivofferte entscheidet sich in einem gleichartigen Falle ein Urtheil des III. Senats vom 11. Oktober 1887, Bd. 19 Nr. 48 S. 255, und zwar allem Anschein nach so, daß der Gläubiger nur auf Grund einer Mittheilung des Vertrages seitens der Kontrahenten acceptiren kann. Das Urtheil verwerthet zwar diese Annahme nur dahin, die Entlassung des Urschuldners aus dem Schuldverbande erst durch die Acceptation der Kollektivofferte eintreten zu lassen; folgerichtig kann aber, wenn mit diesem Begriffe Ernst gemacht werden soll, auch die Haftung des Neuschuldners erst durch die Acceptation des Gläubigers begründet werden[1]). Dies würde auch mit einem Theil der Aussprüche desselben Senats über die Schuld-

1) Hinzutritt des Gläubigers zu dem Vertrage verlangt in Fällen der besprochenen Art O.L.G. Rostock 13. Februar 1889, Seuffert, Bd. 47 Nr. 102.

Digitized by Google

übernahme bei Veräußerung eines Geſchäfts und mit einigen anderen von ihm erlaſſenen Entſcheidungen harmoniren.

3) Denn auch ſonſt macht der III. Senat die Haftung des Schuldübernehmers dem Gläubiger gegenüber von dem Zutritt des Gläubigers zum Vertrage abhängig, „wie bei Verträgen zu Gunſten Dritter“ [1]). Genauer iſt dies in dem oben bereits angeführten Urtheil vom 12. Januar 1894 (Bd. 32 Nr. 40) auch für die nicht mit Veräußerung eines Geſchäfts zuſammenhängende Schuldübernahme dargelegt: „Daß an ſich aus der dem Schuldner gegenüber erfolgten Schuldübernahme der Gläubiger einen Anſpruch gegen den Schuldübernehmer nicht gewinnt, letzterer vielmehr nur dem Schuldner zur Befreiung oder zum Schadenserſatz verpflichtet wird, iſt zweifellos. Es kann aber auch der Vertragswille der Kontrahenten darauf gerichtet ſein, daß der Schuldübernehmer nicht bloß Schuldner des Schuldners, ſondern auch Schuldner des dritten Gläubigers werden ſoll und werden will. Iſt dieſer Wille ausdrücklich oder durch konkludente Thatſachen erklärt, ſo liegt ein Vertrag zu Gunſten eines Dritten vor, welchen das heutige gemeine Recht im Gegenſatz zum römiſchen Rechte dahin anerkennt, daß zwar, abgeſehen von einzelnen, eine beſondere Beurtheilung fordernden Fällen, die Kontrahenten bis zum Beitritte des Dritten den Vertrag wieder aufheben können, der Dritte aber, wenn dies nicht geſchehen iſt, mit nachträglichem Beitritte zum Vertrage ein ſelbſtändiges Forderungsrecht gegen den Promittenten gewinnt“. Die Nothwendigkeit einer „Aufforderung oder Offerte an den Dritten zum Beitritte“ iſt in dieſem Urtheil klar verneint.

---

1) 20. Dezember 1886, Bolze, Bd. 4 Nr. 573; vergl. auch 1. Juni 1890, Bolze, Bd. 10 Nr. 378, und 13. Oktober 1891, Bolze, Bd. 13 Nr. 327.

Digitized by Google

4) Anders ist die Stellung des I. Senats in einem Urtheil vom 20. April 1887, Bd. 17 Nr. 22. Es möge, sagt das Gericht, dahingestellt bleiben, ob man so weit gehen dürfe, mit Dernburg anzunehmen, daß nach gemeinem Rechte der Gläubiger, trotzdem er bei einem Schuldübernahmevertrage nicht zugegen, auch nicht zum Beitritte aufgefordert worden sei, stets ein unmittelbares Klagerecht gegen den Uebernehmer erwerbe, wenn der Vertrag dem Uebernehmer die Werthe verschaffe, aus denen nach der Verkehrsauffassung die Schuld vorzugsweise zu decken sei. Es sei aber anzunehmen, daß, wenn Jemand durch Vertrag alle aktiven Bestandtheile seines Vermögens (mit Ausnahme der der Zwangsvollstreckung entzogenen) einem anderen gegen Uebernahme aller seiner Schulden veräußert, die Gläubiger aus diesem Vertrage als solchem das Recht erlangen, gegen den Uebernehmer ihre Forderungen zu verfolgen. Denn wenn die Kontrahenten nicht arglistig handeln (was man nicht annehmen dürfe), so könne in einem solchen Falle ihr Vertragswille nur darauf gerichtet sein, den Gläubigern des Veräußernden die Rechtsstellung als unmittelbarer Gläubiger des Uebernehmers zu gewähren. Wenn sich aber in einem solchen Falle die direkte Klage der Gläubiger gegen den Uebernehmer aus der muthmaßlichen Absicht der Kontrahenten erklärt, ihnen solche unmittelbare Rechte zu verleihen, so muß die gleiche Folge auch eintreten, wenn diese Absicht aus anderen Umständen zu erschließen oder ausdrücklich erklärt ist. Eine Acceptation der Gläubiger verlangt der Senat nicht [1]).

II.

Mit derselben, in den mitgetheilten Urtheilen doch recht verschieden behandelten Frage beschäftigt sich auch das vor-

1) Vergl. auch I. Sen. 17. Oktober 1882, Entsch., Bd. 9 Nr. 3 S. 20; 9. Februar 1884, Bd. 11 Nr. 24 S. 127.

Digitized by Google

liegende Urtheil des VI. Senats. Es bedient ſich dabei eigenthümlicher Unterſcheidungen [1]).

Bei einem Verkauf von Kieswerken mit allem Zubehör und ſämtlichen darauf bezüglichen Kontrakten hatte der Käufer 10000 M. baar verſprochen und mehrere Schulden des Verkäufers wie von ihm ſelbſt kontrahirte Schulden übernommen. Daß dieſe Schulden in Zuſammenhang mit dem Kaufobjekt ſtänden, verlautet nicht. Die Erben eines der Gläubiger verklagten den urſprünglichen Schuldner wie den Uebernehmer ſolidariſch auf Zahlung; verhandelt iſt aber nur gegen den Uebernehmer. Durch die Erhebung der Klage gegen den alten wie den neuen Schuldner hatten die Kläger die Auffaſſung verfochten, daß ſie durch den Schuldübernahmevertrag *neben* dem alten einen neuen Schuldner bekommen hätten. Das Landgericht (Hamburg) war ihnen in dieſer Auffaſſung gefolgt; das Oberlandesgericht hatte die Ausführungen des Landgerichts gebilligt und hinzugefügt, in dem Kaufvertrage ſei nicht bloß eine Entfreiung des Verkäufers von den erwähnten Schulden durch den Käufer bezielt, ſondern auch eine wirkliche Uebernahme dieſer Schulden dem Gläubiger gegenüber gewollt, da ſolche wie ſelbſt kontrahirte des Käufers angeſehen werden ſollten. Durch Anſtellung der Klage hätten die Käufer zu erkennen gegeben, daß ſie die ihnen zugedachten Vortheile des Vertrages für ſich in Anſpruch nehmen wollten, als wenn ſie den Vertrag ſelbſt mitgeſchloſſen hätten. Danach ſei die Klage rechtlich begründet. Es war aber in zweiter Inſtanz die Einrede vorgeſchützt, daß der Verkäufer ſeinerſeits ſeinen vertragsmäßigen Verpflichtungen nicht vollſtändig nachgekommen ſei, indem er bisher ſeine Einwilligung zum Eintritt des Käufers in gewiſſe auf die Kies-

1) Mit Recht rügt Eck a. a. O. S. 286, 301 die formelle Mangelhaftigkeit, Undurchſichtigkeit, Schwerfälligkeit des Urtheils.

Digitized by Google

werke bezügliche Kontrakte nicht gegeben habe [1]). Diese Einrede hielt das Oberlandesgericht gegenüber den Klägern für zulässig, fand sie aber nicht begründet und gelangte wie das Landgericht zur klaggemäßen Verurtheilung.

Das Reichsgericht fand es nicht über jeden Zweifel erhaben, ob das Oberlandesgericht auch seinerseits eine kumulative Schuldübernahme in dem Vertrage gefunden habe, und nicht vielmehr eine translative; es fand ersteres allerdings wahrscheinlich, namentlich weil das Oberlandesgericht die Retentionseinrede aus dem Verhältniß zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer für an und für sich zulässig erachtet habe, was bei translativer Schuldübernahme ausgeschlossen sei. Das Reichsgericht traf auch seinerseits keine Entscheidung darüber, ob translative oder kumulative Schuldübernahme anzunehmen sei [2]), hielt die Sache überhaupt nicht für spruchreif und wies sie an das Oberlandesgericht zurück, indem es in seinen Ausführungen sowohl auf den Fall der translativen wie den der kumulativen Schuldübernahme einging.

An und für sich, sagt der Senat, ergiebt sich daraus, daß

---

1) Es war streitig, ob der Verkäufer durch die in § 1 des Kaufvertrags abgegebene Erklärung, daß er hierdurch die Kieswerke mit allem Zubehör und allen darauf bezüglichen Kontrakten zu freiem Eigenthum überlasse und übertrage, die Cession der Rechte aus den fraglichen Kontrakten in genügender Weise von selbst gegeben habe, oder ob dem Verkäufer nach dieser Richtung hin noch besondere Erklärungen obliegen. Bei der vagen Fassung jenes § 1, bei welcher die einzelnen Mitkontrahenten des Cedenten die Legitimation des Käufers als Cessionars bezweifeln können, ist das Reichsgericht geneigt, dem Käufer das Recht auf spezielle deutliche Cessionserklärungen in Ansehung der einzelnen Kontrakte zuzuerkennen. Gewiß mit Recht; wir gehen aber auf diesen Punkt nicht weiter ein.

2) Eck a. a. O. S. 299 meint, das Reichsgericht hätte getrost eine dem Gläubiger gegenüber wirksame kumulative Schuldübernahme als der Parteiabsicht entsprechend ansehen dürfen, und die große Wahrscheinlichkeit ist allerdings dafür.

Digitized by Google

der Käufer sich dem Verkäufer verpflichtet hat, die fraglichen Forderungen zu berichtigen, noch kein direktes Klagerecht der Gläubiger gegen den Käufer. Ein solches Klagerecht setzt vielmehr die festzustellende Absicht der Kontrahenten voraus, daß der Uebernehmer Schuldner des Gläubigers werden will und soll. Daß das Reichsgericht an dieser Grundlage trotz Bähr's [1]) Einwendungen festhält, kann nur gebilligt werden [2]). Bähr meint, die Absicht der Kontrahenten eines Vertrages, einem Dritten Rechte zu erwerben, könne überhaupt nicht festgestellt werden. Es kann aber der Unterschied zwischen einem Vertrage, durch welchen ich verspreche, Jemanden von einer ihm obliegenden Schuld zu befreien, und einem anderen, durch welchen ich es übernehme, dem Gläubiger für die Schuld zu haften, unmöglich geleugnet werden; beide Verträge können sich nur durch die Vertragsabsicht unterscheiden, und die Feststellung darüber ist hier nicht schwieriger als in vielen anderen Fällen; freilich bleibt hier wie sonst dabei der Satz unentbehrlich, daß im Zweifel anzunehmen ist, die Parteien werden im einzelnen Falle gewollt haben, was verständige und anständig denkende Menschen in Fällen gleicher Art erfahrungsmäßig zu wollen pflegen.

Soll der Uebernehmer Schuldner des Gläubigers werden, so kann die Vertragsabsicht weiter dahin gerichtet sein, entweder daß er neben den alten Schuldner treten soll und will — kumulative Schuldübernahme — oder daß er an seine Stelle treten soll und will — translative Schuldübernahme. Für diese beiden Fälle giebt das Urtheil zwei ganz getrennte Ausführungen.

Bei der translativen Schuldübernahme sagt der Senat:

---

1) Urtheile des Reichsgerichts mit Besprech., S. 84 f., 93.
2) Dafür auch Eck a. a. O. S. 298.

Digitized by Google

Eine Schuldübernahme im Sinne der Sondernachfolge in die Schuld, einer Schuldübertragung, kann zwischen dem alten Schuldner und dem Uebernehmer vereinbart werden; der Vertrag bedarf aber, da er die Rechte des Gläubigers berührt, seiner Zustimmung. Diese Zustimmung kann der Gläubiger nicht ohne weiteres wirksam ertheilen. Denn den Vertragschließenden muß frei bleiben, ihren Vertrag zu ändern oder aufzuheben. Der Vertrag ist keine Kollektivofferte an den Gläubiger, die dieser acceptiren könnte. „Die Genehmigung des Gläubigers (mit der Wirkung, daß er den Dritten als seinen Schuldner in Anspruch nehmen kann) ist vielmehr voraussetzlich davon abhängig zu machen, daß ihm die Vertragschließenden bezw. mindestens einer derselben von der zwischen ihnen vereinbarten Schuldübertragung Mittheilung gemacht haben." Von diesem Erforderniß könnte „unter Umständen nur abgesehen werden, wenn man in dem zwischen dem Schuldner und dem Dritten geschlossenen Schuldübernahmevertrage einen Vertrag zu Gunsten des Gläubigers (pactum in favorem tertii) erblicken dürfte. Allein da bei der Schuldübertragung der Gläubiger ein Recht gegen den Dritten als Schuldner nur unter Aufgabe seiner vertragsmäßigen Rechte gegen den seitherigen Schuldner erlangen soll, so muß es, für die Regel wenigstens, bedenklich erscheinen, in einem derartigen Vertrage eine Bestimmung zu Gunsten des Gläubigers zu erblicken. Nur besondere Umstände könnten hier die Annahme eines Vertrages zu Gunsten des Gläubigers rechtfertigen (S. 188—190)".

Bei kumulativer Schuldübernahme ist nach Ansicht des Senats, wenn nicht der Vertrag thatsächlich als Vertrag zu Gunsten eines Dritten aufzufassen ist, das Klagerecht des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer von denselben Voraussetzungen abhängig wie bei der translativen Schuldübernahme. „Der Gläubiger kann das Klagerecht gegen den Schuldübernehmer nur gewinnen, wenn

Digitized by Google

er dem zwischen seinem Schuldner und dem Dritten geschlossenen Vertrage beitritt. Dieser Beitritt muß aber auch hier wie bei der Schuldübernahme im Sinne der Schuldübertragung davon abhängig erklärt werden, daß dem Gläubiger von den Kontrahenten, mindestens einem derselben von dem Vertrage behufs Herbeiführung seiner Erklärung, ob er beitrete, Mittheilung gemacht wird. Durch seine entsprechende Erklärung nimmt der Gläubiger den in jener Mittheilung liegenden Vertragsantrag an." Es kann aber im Falle der kumulativen Schuldübernahme der Wille der Kontrahenten auch darauf gerichtet sein, „der Schuldübernehmer wolle und solle unmittelbar (d. h. unabhängig von weiteren Voraussetzungen, als dem Bestehenbleiben dieses Vertrages) Schuldner des Gläubigers werden", m. a. W. die Kontrahenten können insoweit einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten schließen. Diese Vertragsabsicht muß aber im Einzelfalle thatsächlich festgestellt werden, kann freilich auch aus der gesammten Sachlage sich ergeben. Liegt sie vor, so können die Kontrahenten zwar bis zum Beitritte des Dritten den Vertrag wieder aufheben, der Dritte (Gläubiger) gewinnt aber, wenn dies nicht geschehen ist, mit nachträglichem Beitritte zu dem Vertrage direkt ein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer. Einer Aufforderung an den Gläubiger zur Erklärung oder einer Offerte bedarf es hier nicht (S. 190—193).

Vergleicht man diese beiden Ausführungen, so ergiebt sich: bei translativer wie kumulativer Schuldübernahme ist die Grundlage der weiteren Erörterung, daß nach Absicht des Vertrages der Uebernehmer Schuldner des Gläubigers werden will und soll. In beiden Fällen ist damit der Vertrag aber noch nicht Vertrag zu Gunsten Dritter. Hierzu gehört vielmehr noch eine festzustellende besondere Absicht, welche in beiden Fällen vorkommen kann, aber bei der translativen

Digitized by Google

Schuldübernahme weit ferner liegt als bei der kumulativen. Mag nun aber ein Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegen oder nicht, kumulative oder translative Schuldübernahme anzunehmen sein, in allen Fällen erhält der Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer erst durch seinen Beitritt zu dem geschlossenen Vertrage. Die Ausdrücke des Urtheils sind zwar für die verschiedenen Fälle verschieden: bei der translativen Schuldübernahme Zustimmung, Genehmigung des Gläubigers, bei der kumulativen Beitritt des Gläubigers; daß aber das Gericht damit einen sachlichen Unterschied verbinden wollte, ist nicht ersichtlich. Daß der Beitritt auch stillschweigend erfolgen kann, wird bei der translativen Schuldübernahme, die nicht Vertrag zu Gunsten Dritter ist (S. 189) und bei der kumulativen, die es ist (S. 193), hervorgehoben, muß also nach Ansicht des Gerichts doch wohl auch in den beiden übrig bleibenden Fällen möglich sein. Daß der Beitritt auch durch Klageerhebung erfolgen kann, wird nur bei der kumulativen Uebernahme durch Vertrag zu Gunsten Dritter *gesagt* (S. 193), muß aber überall gelten, wo stillschweigende Erklärung des Beitritts zulässig ist; auch wird S. 189 in Ansehung translativer Schuldübernahme, die *nicht* Vertrag zu Gunsten Dritter ist, nicht die Möglichkeit, den Beitritt durch Klage zu erklären, sondern nur die bestritten, dies *unaufgefordert* zu thun. Als einziger Unterschied bleibt der: ist die Schuldübernahme (gleichviel ob translativ oder kumulativ) nicht Vertrag zu Gunsten eines Dritten, so kann der Gläubiger ein Forderungsrecht gegen den Uebernehmer durch seinen Beitritt nur erwerben, wenn er zum Beitritt von *einem* Kontrahenten aufgefordert ist; denn daß er *mindestens* von einem aufgefordert werden muß, bedeutet rechtlich nicht mehr, als daß er von *einem* aufgefordert werden muß. Allerdings heißt es bei der translativen Schuldübernahme nur, ihm müsse *Mittheilung* ge-

Digitized by Google

macht sein (S. 189), allein bei der kumulativen wird deutlich gesagt, es müsse wie bei der Schuldübernahme im Sinne der Schuldübertragung dem Gläubiger von dem Vertrage Mittheilung gemacht werden behufs Herbeiführung seiner Erklärung, ob er beitrete, d. h. also er muß in beiden Fällen zum Beitritt eingeladen werden. Ist dagegen die Schuldübernahme (gleichviel ob translative oder kumulative) ein Vertrag zu Gunsten des Gläubigers als eines Dritten, so ist der Beitritt des Gläubigers ohne solche Aufforderung wirksam. Bis zu dem Beitritt können auch in diesem Falle die Parteien, welche den Vertrag geschlossen haben, ihn aufheben oder ändern; aber der unaufgeforderte Beitritt des Gläubigers kann ihnen zuvorkommen, während sie, wenn sie keinen Vertrag zu Gunsten eines Dritten geschlossen haben, trotz unaufgeforderten Beitritts den Vertrag noch ändern oder aufheben können.

Was nun erweislich sein muß, damit ein Vertrag zu Gunsten Dritter angenommen werden könne, sagt das Gericht für den Fall der translativen Schuldübernahme überhaupt nicht; es verlangt „besondere Umstände", die diese Annahme rechtfertigen. Sie werden aber nichts anderes bedeuten sollen, als was der Gerichtshof bei der kumulativen Schuldübernahme verlangt: Es muß der Vertragswille der Kontrahenten darauf gerichtet sein, der Schuldübernehmer wolle und solle unmittelbar, d. h. unabhängig von weiteren Voraussetzungen als dem Bestehenbleiben dieses Vertrages, Schuldner des Gläubigers werden.

In diesen Ausführungen liegt ein ganz richtiger, nur etwas sonderbar eingekleideter Kern.

Ob und wie die Schuldübernahme mit den Verträgen zu Gunsten Dritter zusammenzustellen ist, ist streitig.

Digitized by Google

v. Blume[1]) hat neuestens für die translative Schuldübernahme jeden derartigen Zusammenhang lebhaft bestritten und in Ansehung der kumulativen die Annahme eines solchen wenigstens für schwer bedenklich erklärt. Für die translative Schuldübernahme dürfte damit das Richtige getroffen sein; die von dem Reichsgerichte ganz entfernt hingestellte Möglichkeit, daß sich die translative Schuldübernahme zum Vertrage zu Gunsten Dritter gestaltet, wird praktisch kaum Anspruch auf Bedeutung haben. In Bezug auf die kumulative Schuldübernahme dagegen hat das Reichsgericht u. E. darin Recht, daß sie Vertrag zu Gunsten Dritter sein und nicht sein kann.

In den Ausführungen des Reichsgerichtes sieht sich die Sache so an, daß immer zwischen Schuldner und Uebernehmer verabredet ist, der Uebernehmer solle Schuldner des Gläubigers werden, und daß dies zum Vertrage zu Gunsten Dritter wird, wenn verabredet ist, er solle das unmittelbar d. h. unabhängig von anderen Voraussetzungen als von dem Bestehenbleiben dieses Vertrages werden. Auf diese Weise wird der Unterschied aber nicht klar. Natürlich ist nicht gemeint, daß den Parteien die Abhängigkeit der Rechte des Gläubigers von dem Bestehenbleiben des Vertrages besonders deutlich zum Bewußtsein kommen soll, sondern umgekehrt die Unabhängigkeit dieser Rechte von anderen Voraussetzungen. Man kann aber mit dem Gegensatz zwischen einem Vertrage, in welchem etwas verabredet wird, und einem anderen, in welchem dasselbe unabhängig von ungenannten Voraussetzungen verabredet wird, gar nicht operiren; denn das letztere liegt in der Verabredung jenes etwas von selbst. Richtig gefaßt liegt der Gegensatz darin, daß möglicher Weise Schuldner und Schuld-

1) Novation, Delegation und Schuldübertragung (Göttingen 1895). Vergl. bes. S. 137, 114[6].

Digitized by Google

übernehmer verabreden, es ſolle durch ihren Vertrag der Gläubiger Gläubiger des Schuldübernehmers werden, und möglicher Weiſe dies überhaupt nicht, ſondern nur verabreden, daß der Uebernehmer bereit ſein ſolle, die Haftung dem Gläubiger gegenüber durch Abrede mit dieſem zu übernehmen. In dem erſten Falle ſchließen ſie einen Vertrag zu Gunſten Dritter, in dem zweiten nicht, und es iſt ganz richtig, daß der erſte Fall bei der translativen Schuldübernahme kaum jemals eintreten wird.

Bei der translativen Schuldübernahme iſt die Abſicht der Parteien, dem Gläubiger einen neuen Schuldner an Stelle des alten zuzuführen. Sie wiſſen aber, daß ſie dieſen Tauſch ohne Zuſtimmung des Gläubigers nicht bewirken können. Wenn ſie ſich alſo nicht damit begnügen wollen, die Schuldübernahme rein intern zu verabreden ſo daß der Uebernehmer nur dem Schuldner verpflichtet wird, ihn gegen die Forderung zu decken, ſo müſſen ſie den Eintritt des Uebernehmers in die Schuld an Stelle des alten Schuldners als einen von der Zuſtimmung des Gläubigers abhängigen verabreden. Es iſt aber kein Grund, in einer ſolchen Abrede einen andern als den ſchlichten Sinn zu finden, daß dem Gläubiger *angeboten* werden ſoll, Gläubigerrechte gegen den Uebernehmer für diejenigen gegen den alten Schuldner einzutauſchen. Es iſt dann auch weiter mit dem Senate anzunehmen, daß die Offerte hierzu in dem geſchloſſenen Vertrage nicht von ſelbſt enthalten iſt.

Es fragt ſich zunächſt, welchen Sinn das hätte. Die Offerte muß, um acceptirt werden zu können, an den Gläubiger gelangen; ſagt man alſo, daß der Vertrag ſelbſt die Offerte iſt, ſo kann man nur meinen, daß der Gläubiger acceptiren kann, gleichviel auf welche Weiſe er die erforderliche Kenntniß erhalten hat. Es müßte dann alſo der Sinn des Vertrages ſein, daß die Parteien jedes auch zufällige

Digitized by Google

Mittel, durch welches der Gläubiger von ihrem Vertrage Kenntniß erhalten würde, im Voraus als ihren Intentionen entsprechend angenommen haben. Diese Auffassung liegt aber völlig fern; denn da die Parteien sich darüber klar sind, daß sie um der Entlassung des alten Schuldners willen der Zustimmung des Gläubigers bedürfen, so werden sie es nicht vom Zufall abhängen lassen wollen, ob der Gläubiger von dem Vertrage Kenntniß bekommt, sondern sie werden eine Mittheilung an ihn, ein Ersuchen um seine Zustimmung in Aussicht nehmen; der Sinn ihrer Abrede wird nicht sein, es *wird* hierdurch dem Gläubiger offerirt, sondern es *soll* ihm offerirt werden, den Uebernehmer an Stelle des alten Schuldners zu acceptiren. Der Gläubiger wird Gläubiger des Neuschuldners durch Acceptation der daraufhin wirklich erfolgenden Offerte, und hört gleichzeitig auf, Gläubiger des Urschuldners zu sein.

Insoweit stimmen die Ansichten des Senates, die wir hier etwas genauer auseinander zu legen versuchten, auch ganz mit den Ergebnissen v. Blume's[1]) überein. Dagegen weicht die Auffassung des vorliegenden Urtheils von der Gestaltung der Schuldübernahme in dem E.B.G.B., auf welchen sich das Gericht beruft, doch nicht unerheblich ab. Der Entwurf tritt in beiden Lesungen (I § 315, II § 358, Reichstagsvorlage § 409) der Auffassung bei, daß die translative Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer erfolgen kann, die Wirksamkeit eines solchen Vertrages aber von der Genehmigung des Gläubigers abhängt. Bis zur Ertheilung der Genehmigung können die Kontrahenten den Vertrag ändern oder aufheben. Sie kann aber wirksam erst ertheilt werden, wenn einer der Kontrahenten dem Gläubiger von dem Vertrage Mittheilung gemacht hat. Der Unterschied

1) a. a. O. Vergl. bes. S. 117 f.

Digitized by Google

dieſer Geſtaltung von der reichsgerichtlichen Auffaſſung des geltenden Rechts liegt darin, daß die Mittheilung in dem Entwurf keine Vertragsofferte und die Genehmigung keine Acceptation iſt, ein Unterſchied, auf deſſen Bedeutung v. Blume [1]) zutreffend aufmerkſam macht.

Nach der allerdings nicht ganz feſt auftretenden Meinung des Senates kann die Offerte, auf welche es ankommt, von jedem der beiden Kontrahenten, Urſchuldner oder Schuldübernehmer ausgehen. Hierin iſt v. Blume anderer Meinung. Nach ihm kann die befreiende Schuldübertragung „nur auf den Vertrag zwiſchen Gläubiger und Neuſchuldner geſtellt werden", einen Vertrag, [auf welchen der etwa vorangegangene Schuldübernahmevertrag zwiſchen Schuldner und Schuldübernehmer juriſtiſch gar keinen Einfluß hat [2]), und die in Rede ſtehende Offerte kann nur von dem Uebernehmer ausgehen [3]). Dies beruht auf der richtigen Erwägung, daß der Uebernehmer, da er Schuldner des Gläubigers werden ſoll, als Vertragspartei in dem mit dem Gläubiger zu ſchließenden Vertrage unentbehrlich iſt, während der Urſchuldner, der befreit werden ſoll, als Partei in dieſem Vertrage unbezweifeltermaßen entbehrlich iſt. Daraus folgt aber nur, daß der Uebernehmer durch einen von ihm mit dem Gläubiger abzuſchließenden Vertrag, der ſich von dem vorangegangenen Vertrage zwiſchen Schuldner und Uebernehmer ganz unabhängig ſtellen kann, ſich zum Schuldner des Gläubigers machen und die Befreiung des alten Schuldners herbeiführen kann. Es folgt aber nicht, daß die Sache nothwendig ſo zugehen muß. Es kann vielmehr dem Gläubiger auch der Schuldnerwechſel in der Weiſe

1) a. a. O. S. 109 f., vergl. 115 ff.
2) a. a. O. S. 118, 100 f.
3) a. a. O. S. 110.

Digitized by Google

offerirt werden, daß er eingeladen wird, dem zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossenen Vertrage als dritter Kontrahent beizutreten. Daß die Offerte hierzu von jedem der beiden ursprünglichen Kontrahenten ausgehen, und jeder unter ihnen die Acceptation entgegennehmen kann, wird doch darauf gegründet werden dürfen, daß in Gestalt des geschlossenen Vertrages jeder die Ermächtigung des andern zu solchem Vorgehen in Händen hat[1]). Daß es praktisch nicht gleichgültig ist, ob der Gläubiger dem zwischen Schuldübernehmer und Schuldner geschlossenen Vertrage beigetreten ist, oder mit dem Schuldübernehmer einen neuen selbständigen Vertrag geschlossen hat, darauf wird in anderem Zusammenhange ein Blick zu werfen sein (vergl. unten S. 362, 364).

Das Reichsgericht hält nun aber die entfernte Möglichkeit offen, daß im einzelnen Falle einmal die translative Schuldübernahme, abweichend von ihrem normalen Charakter, Vertrag zu Gunsten eines Dritten sein könne, mit der Wirkung, daß der Gläubiger unaufgefordert dem Vertrage beitreten kann. Soll aber ein Vertrag zu Gunsten Dritter überhaupt ein selbständiges Rechtsgebilde sein, so müssen die dem Dritten stipulirten Rechte von allem, was man Beitritt zu dem Vertrage nennen kann, unabhängig sein. Denn es wird immer dabei bleiben müssen, daß der Beitritt eine Offerte voraussetzt, die man auf keine Weise eliminiren kann; man wäre also nicht weiter als bei der vorhin betrachteten normalen Gestalt der translativen Schuldübernahme auch. Etwas Anderes, Selbständiges, liegt nur dann vor, wenn die dem Dritten stipulirten Rechte ausschließlich auf dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage ruhen, dergestalt, daß er nicht mehr in

1) So auch L. Seuffert in Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung des E.B.G.B. Heft 11 S. 44.

Digitized by Google

den Fall kommen kann, sie zu acceptiren, sondern nur in den, sie auszuüben oder nicht. Denkbar ist dieses Verhältniß auch dann, wenn dem Dritten Rechte bedungen werden *gegen* Opfer, die er bringen soll; denkbar ist es also auch bei der translativen Schuldübernahme, hier aber von dem Senate mit vollem Recht sehr in die Ferne gerückt. Daß die Parteien bei translativer Schuldübernahme dem Gläubiger nicht eher Rechte gegen den Uebernehmer gewähren wollen, als die Befreiung des Urschuldners eintritt, davon ist auszugehen. Wenn der Gläubiger dennoch unmittelbare Rechte aus ihrem Vertrage haben soll, so müssen es also bedingte sein: der Gläubiger muß Gläubiger des Neuschuldners unter der *Bedingung* werden, daß er den Urschuldner entläßt. Seine Zustimmung zur Entlassung des Urschuldners ist dann nicht Acceptation einer Vertragsofferte, sondern Erfüllung der Bedingung, unter welche die Rechte des Gläubigers gestellt sind [1]). Die Parteien werden dann aber auch es an der Absicht nicht fehlen lassen, den Gläubiger um die Erfüllung dieser Bedingung zu ersuchen; denn die Entlassung des Urschuldners ist ja der eigentlich bezielte Erfolg des ganzen Vorganges. Und man langt also schließlich doch dabei an: es werden Rechte für den Gläubiger stipulirt unter der Bedingung seiner *einzuholenden* Zustimmung. Für eine solche Parteiabsicht wird aber, wenn nicht immer, so doch in den allermeisten Fällen der zutreffende juristische Ausdruck kein anderer als der sein: man

1) Eck a. a. O. S. 299 spricht sich für den Fall einer translativen, in der Absicht einer unmittelbaren Zuwendung an den Gläubiger geschlossenen Schuldübernahme dahin aus, daß einseitige Genehmigung des Gläubigers erforderlich und genügend sei. Diese Genehmigung muß aber den im Text dargelegten Sinn haben. Zu genehmigen ist die Befreiung des Urschuldners und die unmittelbare Zuwendung des Rechtes gegen den Uebernehmer steht unter der Bedingung dieser Genehmigung.

Digitized by Google

verabredet, daß dem Gläubiger der Schuldnerwechsel angeboten werden soll.

Bei der kumulativen Schuldübernahme sieht der Gerichtshof mit Recht die Annahme eines echten Vertrages zu Gunsten eines Dritten, des Gläubigers, als weit näher liegend an.

Allerdings wird, und mit Recht, auch bei einer zwischen Schuldner und Uebernehmer verabredeten kumulativen Schuldübernahme in erster Linie angenommen, daß der Gläubiger Rechte gegen den Uebernehmer erst erhält, wenn er zum Beitritt aufgefordert ist und diesen erklärt hat. Es wird also in dem Vertrage nur die Verabredung gesehen, es solle dem Gläubiger der neue Schuldner offerirt werden. Es wird aber angenommen, daß die Parteien auch verabreden können, es solle der Gläubiger unmittelbar durch ihren Vertrag Rechte gegen den Uebernehmer erhalten. Auf diesen Gedanken können sie bei der kumulativen Schuldübernahme deswegen leichter kommen als bei der translativen, weil bei der kumulativen die Entlassung des alten Schuldners und die dazu unerläßliche Zustimmung des Gläubigers nicht zur Frage kommt.

Es ist aber bereits oben für die Ansicht Partei genommen, daß, wenn ein Vertrag zu Gunsten Dritter wirklich als ein selbständiges Rechtsgebilde angesehen werden soll, die Rechte des Dritten nicht auf seine Acceptation, seinen Beitritt zum Vertrage gestützt werden dürfen, weil diese Akte nothwendig eine Offerte voraussetzen, die auf Grund jenes Vertrages erfolgt. Man muß dann vielmehr die Rechte des Dritten ausschließlich auf den zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag gründen, und seinen s. g. Beitritt lediglich als die Ausübung der bereits vorhandenen Rechte ansehen [1]). Man muß daraus

1) Auch Eck a. a. O. S. 299 ist für den Fall kumulativer, im Sinne unmittelbarer Zuwendung an den Gläubiger vereinbarter Schuld-

Digitized by Google

aber auch andererseits die dem Gläubiger ungünstige Folgerung ziehen, daß er durch keinen unaufgeforderten Beitritt den Kontrahenten den Widerruf des Vertrages abschneiden kann. Das Reichsgericht präcisirt ja selbst den Fall des Vertrages zu Gunsten Dritter dahin: es wird verabredet, der Uebernehmer solle und wolle unabhängig von anderen Voraussetzungen *als dem Bestehenbleiben dieses Vertrages* Schuldner des Gläubigers werden. Damit ist richtig angedeutet, daß die Kontrahenten das Bestehenbleiben ihres Vertrages in der Hand behalten. Haben sie den Gläubiger zum Beitritt aufgefordert, so gewinnt er durch den Beitritt die unwiderrufliche Stellung des dritten Kontrahenten; der unaufgeforderte Beitritt aber kann abgelehnt und trotz seiner der Vertrag rückgängig gemacht werden. Man nehme an, es sei ein Grundstück mit Uebernahme von Schulden in partem pretii verkauft und zwar in der Weise, daß nach Absicht der Kontrahenten der Käufer sofort Schuldner des Gläubigers neben dem Altschuldner werden wollte. Dem Käufer aber ist die Sache gereut, und er hat Verhandlungen über die Wiederauflösung des Geschäfts angeknüpft. Der Gläubiger, der von der Sache gehört hat, beeilt sich, dem Vertrage unaufgefordert beizutreten und erzielt damit den Erfolg, die Auflösung des Geschäfts unmöglich zu machen. Dies halten wir für ein nicht annehmbares Resultat. Er muß sich die Auflösung des Geschäfts gefallen lassen, bis sich der Uebernehmer ihm gegenüber vertragsmäßig gebunden hat.

Zu wesentlich gleichen Ergebnissen gelangt man mit dem E.B.G.B. Der Entwurf hat in beiden Lesungen den Ausdruck Schuldübernahme für die translative Schuldübernahme

---

übernahme der Ansicht, daß ein Beitritt des Gläubigers jedenfalls nicht seine Genehmigung wohl auch nicht erforderlich ist.

Digitized by Google

reservirt. Die zweite Lesung (§ 281) und die Reichstagsvorlage (§ 323) haben im Zusammenhange der Verträge zu Gunsten Dritter eine Bestimmung aufgenommen, die in der Reichstagsvorlage dahin redigirt ist [1]): „Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Theiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern." Dieses Recht des Gläubigers besteht also nur, wenn die dahin gehende Absicht des Kontrahenten erweislich ist. In diesem Falle — dem Falle der kumulativen Schuldübernahme — liegt ein Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß II § 280, Reichstagsvorlage § 322 vor; der Gläubiger erwirbt das ihm bedungene Recht ohne Acceptation; es gilt freilich als nicht erworben, wenn er es zurückweist (II § 285, Reichstagsvorlage § 327). Ob den Vertragschließenden die Befugniß vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern, will II § 280, Reichstagsvorlage § 322 [2]) aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages beurtheilt wissen. Dies aber würde, regelmäßig wenigstens, in dem hier fraglichen Falle dazu führen, den Kontrahenten das Widerrufsrecht zuzuerkennen; einen dasselbe abschneidenden Beitritt des Dritten kennt der Entwurf nicht. Wir sind damit zu dem Ergebnisse gelangt, daß bei einer zwischen Schuldner und Uebernehmer vereinbarten Schuldübernahme der Gläubiger, wenn nicht die erweisliche Parteiabsicht ist, ihm unmittelbar Rechte gegen den Uebernehmer zuzuwenden, solche Rechte nur erlangt durch die Acceptation einer an ihn gerichteten Offerte [3]), also durch seinen Vertrag,

1) Vergl. I § 318.

2) Vergl. I § 414.

3) Eck a. a. O. S. 299 f. meint, daß die erforderliche Offerte zum

Digitized by Google

mag er mit dem Uebernehmer einen selbständigen Vertrag schließen oder auf Einladung als dritter Kontrahent dem Schuldübernahmevertrage beitreten; trägt dagegen der Schuldübernahmevertrag die Absicht in sich, den Gläubiger unmittelbar zu berechtigen, ein Fall, der nur bei kumulativer Schuldübernahme praktisch sein wird, so erwirbt der Gläubiger die ihm bedungenen Rechte ohne weiteres. Ob und inwieweit es berechtigt ist, wie in verschiedenen Wendungen geschieht, so neuerdings von Dernburg[1]) und in genauer Darlegung von v. Blume[2]), denjenigen Fällen eine Sonderstellung einzuräumen, in denen die Schuldübernahme als Bestandtheil eines Veräußerungsgeschäftes Schulden betrifft, welche im Zusammenhang mit dem veräußerten Objekt stehen, braucht hier nicht untersucht zu werden, weil mit einem solchen Zusammenhange das vorliegende Urtheil nicht rechnet.

III.

Viel umstritten ist auch die Frage, inwiefern der Schuldübernehmer dem Gläubiger Einreden aus dem zwischen Uebernehmer und Urschuldner geschlossenen Vertrage entgegensetzen kann. Wir beschränken uns hier auf die im vorliegenden Falle streitige Einrede des nicht erfüllten Vertrages, über deren Zulässigkeit dem Gläubiger gegenüber der Senat verschieden urtheilt, je nachdem kumulative oder translative Schuldübernahme erfolgt ist.

Bei der translativen Schuldübernahme solle der Ueber-

Beitritt auch in einer Cession der dem Urschuldner aus dem Vertrage zustehenden Rechte an den Gläubiger gefunden werden kann (eine solche Cession hatte in dem vorliegenden Falle stattgefunden). Dieser Ansicht wird beizutreten sein.

1) Band. II § 53 S. 146 f.

2) a. a. O. S. 136 ff.

Digitized by Google

nehmer, so sagt das Urtheil, „in die passive Seite der Obligation an die Stelle des seitherigen Schuldners dergestalt eintreten, daß er die Schuld, so wie sie gegen den Schuldner begründet war, dem Gläubiger gegenüber übernimmt. Es folgt hieraus ohne weiteres, daß der Uebernehmer Einreden, die ihm aus dem zwischen ihm und dem Schuldner abgeschlossenen, der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Vertrage gegen den Schuldner zustehen, dem Gläubiger nicht entgegenhalten kann, so wenig als der Schuldner gegen den Cessionar sich auf Umstände berufen kann, welche aus dem der Cession zu Grunde liegenden Vertrage dem Cedenten gegen den Cessionar eine Einrede an die Hand geben würden. Beide, Cession (Forderungsübertragung) und Schuldübertragung, haben insoweit einen abstrakten Charakter . . . Umstände welche die Gültigkeit der Uebertragung selbst beeinflussen, stehen hier außer Frage (S. 188)."

Bei der kumulativen Schuldübernahme dagegen sieht der Gerichtshof die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als begründet an. Er giebt freilich hier zwei verschiedene Ausführungen, je nachdem ein echter Vertrag zu Gunsten des Gläubigers in dem Sinne des Gerichts vorliegt oder nicht. Für den letzteren Fall wird gesagt: „Bei einer kumulativen Schuldübernahme, welche erfolgt aus Anlaß eines zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer geschlossenen gegenseitigen (entgeltlichen) Vertrages mit dem Charakter des von dem Uebernehmer zu leistenden Aequivalentes, wird man nicht davon ausgehen dürfen, daß der Uebernehmer sich dem Gläubiger gegenüber unbedingt (abstrakt) zur Zahlung der Forderung desselben verpflichten wolle, daß also dem Schuldübernehmer als solchem die Geltendmachung einer Einrede der bezeichneten Art gegenüber dem Gläubiger versagt sein sollte, wiewohl nicht zu verkennen ist, daß Umstände besonderer Art den Aus-

Digitized by Google

ſchluß ſolcher Einreden gegenüber dem Gläubiger rechtfertigen können (S. 192)."

Für den Fall des Vertrages zu Gunſten des Dritten heißt es: „Das Forderungsrecht, welches der Dritte aus einem zu ſeinen Gunſten abgeſchloſſenen Vertrage erwirbt, iſt aber mindeſtens in dem Falle, wenn der Promittent das Verſprechen der Leiſtung an den Dritten als Aequivalent für die ihm nach dem Vertrage ſeitens des Promiſſars gebührende Leiſtung gegeben hat, vorausſetzlich nicht als ein ſelbſtändiges in dem Sinne anzuſehen, daß der Promittent dem Dritten Einreden, welche ihm aus dem Vertrage gegen den Mitkontrahenten zuſtehen und das Gegenſeitigkeitsverhältniß betreffen, nicht entgegenhalten dürfte. Es kann, von beſonderer thatſächlicher Geſtaltung des Falles abgeſehen, nicht angenommen werden, daß nach der Intention der Kontrahenten der Promittent eine unbedingte, von den vertragsmäßigen Beziehungen zu dem Promiſſar losgelöſte Verpflichtung zur Leiſtung an den Dritten, den Gläubiger des Letzteren übernehmen wollte oder ſollte (S. 193)."

Beider Reden Sinn iſt doch wohl übereinſtimmend der: bei kumulativer Schuldübernahme im Rahmen eines gegenſeitigen Vertrages zwiſchen Schuldner und Schuldübernehmer hat der Uebernehmer gegen die ſonſt begründete Klage des Gläubigers die Einrede des nichterfüllten Vertrages, wenn die Gegenleiſtung des alten Schuldners an den Schuldübernehmer fehlt, es wäre denn, daß das Gegentheil als Vertragsabſicht feſtgeſtellt werden könnte. Wenigſtens vermögen wir andere als redaktionelle Verſchiedenheiten zwiſchen beiden Ausführungen des Gerichts nicht zu finden, und der Unterſchied zwiſchen kumulativer Schuldübernahme, welche Vertrag zu Gunſten eines Dritten iſt, und der, die es nicht iſt, erweiſt ſich alſo nach dieſer Richtung hin als bedeutungslos.

Digitized by Google

Im übrigen ist die Ansicht des Gerichts in Bezug auf die kumulative Schuldübernahme aus den vom Gericht angeführten Gründen, die in der zweiten Ausführung klarer sind als in der ersten, für zutreffend zu erachten. Es ist als die muthmaßliche Vertragsabsicht anzusehen, daß der Schuldübernehmer, wie er zu sonstigen Leistungen im gegenseitigen Vertrage sich nur gegen die Gegenleistung verpflichten will, so auch die Abtragung der Schuld seines Mitkontrahenten und die Mithaftung für dieselbe dem Gläubiger gegenüber nur gegen diese Gegenleistung übernimmt [1]).

Der Gläubiger kann aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage die ihm darin bedungenen Rechte nicht anders geltend machen, als sie bedungen sind, also nur gegen die bedungene Gegenleistung. So ist es zunächst, wenn der Gläubiger sich unmittelbar auf die Schuldübernahme als einen zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrag stützt. Dies entspricht der richtigen, auch von den Entwürfen des B.G.B. [2]) adop-

1) Eck a. a. O. S. 300 ist geneigt, für den Fall intern verabredeter Schuldübernahme dieser Auffassung beizutreten; dagegen meint er, daß sie bei Verabredung einer unmittelbar zu Gunsten des Gläubigers wirksamen Schuldübernahme der Parteiabsicht gewiß nicht entspreche, „da die Zuwendung an den Gläubiger dann doch wieder von dem Verhalten des ursprünglichen Schuldners abhängig sein würde". Hierin sieht Eck offenbar einen inneren Widerspruch, der aber doch wohl nicht besteht. Der Wille, dem Gläubiger unmittelbar durch den Vertrag Rechte zuzuwenden, ist damit vereinbar, daß diese Rechte nach dem Inhalt des Vertrages von einer Gegenleistung des anderen Kontrahenten abhängen sollen. Im übrigen meint Eck, wenn (wie hier) der Uebernehmer erklärt habe, die Schuld als eine von ihm selbst kontrahirte zu übernehmen, so habe er damit deutlich genug erklärt, daß seine Haftung dem Gläubiger gegenüber von seinen vertragsmäßigen Beziehungen zum Promissar losgelöst sein sollte. Auch dem vermögen wir nicht beizutreten. Trotz solcher oder ähnlicher Fassung prägt der Zusammenhang des gegenseitigen Vertrages der Schuldübernahme den Charakter der von der Gegenleistung abhängigen Leistung auf.

2) E. I § 416; Mot. II S. 272 f.; E. II § 286, Reichstagsvorlage § 328.

tirten Ansicht, daß bei Verträgen zu Gunsten Dritter überhaupt der Dritte sich die aus dem Vertrage selbst entspringenden Einwendungen des Promittenten, insbesondere die Einrede der mangelnden Gegenleistung des Promissars gefallen lassen muß. Hatte die Schuldübernahme, wie sie zwischen Schuldner und Uebernehmer verabredet wurde, nur den Sinn, daß dem Gläubiger der Uebernehmer als zweiter Schuldner angeboten werden sollte, und ruhen danach seine Rechte gegen den Uebernehmer auf der daraufhin erfolgten Offerte und seiner Acceptation derselben, so fragt es sich, wie dieser Vorgang sich abspielt. Wird dem Gläubiger angeboten der Miteintritt in den ursprünglichen Vertrag, so wie derselbe geschlossen ist, und hat er dies acceptirt, so hat es bei der aus dem Vertrage folgenden Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung sein Bewenden; der Gläubiger ist also der Einrede der mangelnden Gegenleistung ausgesetzt. Hat aber der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber Verpflichtungserklärungen abgegeben, welche von dem zwischen ihm und dem Urschuldner geschlossenen Vertrage abstrahirten, so ist die Einrede der mangelnden Gegenleistung *nicht* begründet. Selbstverständlich kann durch Erklärungen dieser Art der Uebernehmer sich der ihm zustehenden Einrede auch dann berauben, wenn der Schuldübernahmevertrag den Werth eines Vertrages zu Gunsten Dritter hatte.

Wenn bei der translativen Schuldübernahme das Reichsgericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß der Uebernehmer dem Gläubiger die Einrede des von dem Urschuldner nicht erfüllten Vertrages überhaupt nicht entgegensetzen kann, so ist dieses Ergebniß, nicht aber sind die vom Reichsgericht dafür angeführten Gründe zu billigen. Das Gericht behauptet, die Unzulässigkeit dieser Einrede folge ohne weiteres daraus, daß bei translativer Schuldübernahme der Uebernehmer an Stelle des seitherigen Schuldners eintritt, die Schuld so, wie

Digitized by Google

ſie gegen den Schuldner begründet war, dem Gläubiger gegenüber übernimmt. Dieſer Schluß iſt aber unbegründet; denn es bleibt bei dieſem Weſen der translativen Schuldübernahme vollkommen möglich, daß der Uebernehmer die Laſt der Obligation nur als abhängig von der Gegenleiſtung übernimmt. Das Urtheil ſtützt ſeine Anſicht ferner auf die angebliche Parallele der Schuldübernahme zur Ceſſion. Dieſe Parallele, deren Uebertreibung auch v. Blume[1]) mit Recht ſcharf bekämpft, erweiſt ſich auch hier als keineswegs ſtichhaltig. Wenn ein Gläubiger ſeine Forderung einem Dritten gegen das Verſprechen einer Gegenleiſtung abtritt — nicht etwa, demnächſt abzutreten verſpricht, oder unter der Bedingung der Gegenleiſtung abtritt, beides Fälle, von denen hier nicht die Rede iſt[2]) — ſo geht die Forderung auf den Ceſſionar über, und beim Ausbleiben der Gegenleiſtung kann der Cedent nur auf dieſe gegen den Ceſſionar klagen, nicht aber die cedirte Forderung gegen den cedirten Schuldner geltend machen. Klagt der Ceſſionar gegen den Schuldner, ſo kann dieſer die Einrede der mangelnden Gegenleiſtung deswegen nicht erheben, weil dieſer Mangel ſeine Intereſſen nicht im geringſten berührt. Er hat die Gegenleiſtung nicht zu fordern, und ihr Ausbleiben ſetzt ihn nicht einer anderweitigen Inanſpruchnahme durch den Cedenten aus. Ganz anders ſteht es bei dem Schuldübernehmer; denn er erhebt die Einrede, daß die ihm gebührende Gegenleiſtung fehlt. Wenn dieſe Einrede dennoch ihm verſagt bleibt, ſo muß das alſo an anderen Gründen liegen, als denen, die der Gerichtshof geltend macht.

Auch die Entwürfe des B.G.B. ſtimmen mit der Ent-

1) a. a. O. S. 102 ff.

2) In beiden Fällen kann der künftige Ceſſionar noch nicht gegen den Schuldner klagen, weil er deſſen Gläubiger noch nicht geworden iſt.

scheidung des Reichsgerichts überein [1]). Die Motive des ersten Entwurfes haben dafür aber nur Argumentationen aus dem „Prinzip der Sondernachfolge" und den unzulänglichen Satz vorzubringen, der Rechtsgrund der Schuldübernahme sei eine den Gläubiger nicht berührende fremde Angelegenheit.

v. Blume, der, wie bereits früher bemerkt, die translative Schuldübernahme immer als Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldübernehmer auffaßt, bei welchem der alte Schuldner ganz aus dem Spiele bleibt, als einen selbständigen Vertrag, auf welchen der etwa ihm vorangegangene Schuldübernahmevertrag zwischen dem alten Schuldner und dem Schuldübernehmer juristisch ohne Einfluß ist, kann von diesem Standpunkt aus leicht darlegen, daß der Mangel der in diesem letzteren bedungenen Gegenleistung dem Schuldübernehmer gegen den Gläubiger nichts hilft [2]). Allein jene Auffassung v. Blume's ist, wie bereits oben (S. 352) bemerkt, zu einseitig. Es kann der Uebernehmer mit dem Gläubiger hier — ebenso wie bei der kumulativen Schuldübernahme — einen Vertrag schließen, welcher sich völlig unabhängig von dem zwischen Schuldner und Schuldübernehmer geschlossenen stellt. Es kann aber auch bei der translativen — ebenso wie bei der kumulativen — Schuldübernahme die Verpflichtung des Uebernehmers gegenüber dem Gläubiger sich gründen auf den von den ursprünglichen Kontrahenten erwirkten Beitritt des Gläubigers zu dem zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossenen Vertrage. Dann ist der Gläubiger diesem Vertrage so beigetreten, wie er geschlossen war, und es bleibt für diesen Fall immer noch der Aufklärung bedürftig, warum der Schuldübernehmer dem Gläubiger den Mangel der ihm gebührenden Gegenleistung

1) E. I § 316; Mot. II S. 146 f.; E. II § 360, Reichstagsvorlage § 411.

2) Vergl. a. a. O. S. 100 ff.

Digitized by Google

hier nicht ebenso wie bei der kumulativen Schuldübernahme entgegensetzen kann. Der entscheidende Grund hierfür liegt m. E. darin, daß der Gläubiger bei der translativen Schuldübernahme den neuen Schuldner nicht unentgeltlich, sondern gegen das Entgelt der Aufgabe des alten Schuldners empfängt. Dieses Entgelt hat aber der Gläubiger mit seinem Beitritt zu dem Vertrage geleistet; an einer ihm obliegenden Gegenleistung also gebricht es nicht mehr. Es entspricht nicht der Billigkeit und kann nicht als die Vertragsabsicht billig denkender Männer angesehen werden, daß der Gläubiger in seinen Rechten gegenüber dem Schuldübernehmer außerdem noch davon abhängig sein soll, ob der Schuldner die ihm obliegende Gegenleistung an den Schuldübernehmer bewerkstelligt hat, und es ist nicht anzunehmen, daß der Gläubiger auf solche Bedingungen hin dem Vertrage beitreten wollte. Es ist allgemein bei einem dreiseitigen Vertrage zu behaupten, daß jede Partei auf die ihr gebührende Leistung klagen kann, sobald sie die ihr obliegende Leistung beschafft hat, selbst wenn es dem Beklagten noch an einer von dem dritten Mitkontrahenten zu beschaffenden Leistung fehlt.

Wenn z. B. drei Grundbesitzer zum Zwecke der besseren Zusammenlegung einen Tausch dahin vereinbaren, daß A ein Grundstück des B, B ein solches des C und C ein solches des A erhalten soll, so kann A gegen B klagen, sobald A sein Tauschobjekt an C gegeben hat, selbst wenn C das seinige an B noch nicht geliefert hat.

Digitized by Google

VI.

Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongreß für internationales Privatrecht.

Von Dr. **Franz Kahn**, Amtsrichter a. D. aus Mannheim.

I.

Es ist nicht dankbar, und es erscheint nicht dankenswerth, in letzter Stunde zu relativ untergeordneten Einzelheiten des bürgerlichen Gesetzbuches das Wort zu ergreifen.

Nicht dankbar, weil die Aussicht, durch theoretische Erörterungen jetzt noch auf die Reichstagskommission oder gar auf das Plenum Einfluß zu gewinnen, nicht gar groß ist.

Nicht dankenswerth, weil Bescheidenheit und Patriotismus es erfordern, in der Entscheidungsstunde über das große Werk, an welchem die besten juristischen Köpfe der Zeit gearbeitet haben, mit dogmatischen Liebhabereien und persönlichen Schrullen zurückzuhalten.

Wenn wir uns gleichwohl über diese Bedenken hinweggesetzt haben, so dient vielleicht als subjektive Entschuldigung unsere feste Ueberzeugung, daß es sich bei dem Prinzip der Rückverweisung für das Gebiet des internationalen Privatrechts um einen folgenschweren und erweislichen Grundirrthum handelt, eine Ueberzeugung [1]), welche in den letzten Jahren so

1) Wir haben dieselbe ausführlich dargethan in diesen Jahrbüchern Bd. 30 S. 1 ff.: „Gesetzeskollisionen, ein Beitrag zur Lehre des

raſch an Boden gewonnen hat, daß man ſie heute geradezu als die herrſchende bezeichnen darf [1]). Als objektive Rechtfertigung dürfte aber gelten, daß unſere maßgebenden Faktoren ſelbſt in dieſem Punkte nichts weniger als einig geweſen ſind, ſondern ſo oft es ihnen überhaupt möglich war, nämlich vier Mal, die Anſicht gewechſelt haben. Die Vorentwürfe des Redaktors des allgemeinen Theils haben die Rückverweiſung für die Gebiete des Perſonen-, Familien- und Erbrechts ausdrücklich anerkannt. In den Berathungen der erſten Kommiſſion hat man aber den Grundſatz verworfen. Die zweite Kommiſſion ſteht prinzipiell auf dem gleichen Standpunkte; ſie hat jedoch in zwei Ausnahmefällen die Rückverweiſung zugelaſſen. Der Bundesrath endlich hat dieſe Einfügungen der zweiten Kommiſſion geſtrichen und ſtatt deſſen das Prinzip ſelbſt in der Faſſung der erſten Vorentwürfe wieder hergeſtellt.

Wird der unglückliche Artikel 26 des Einführungsgeſetzes — um ihn handelt es ſich hier — nach der Reichstagsvorlage Geſetz, ſo iſt leider die deutſche Praxis nicht in der Lage, etwa als fünfte Inſtanz die Gründe nochmals nachzuprüfen. Die Hände bleiben ihr gebunden, gebunden durch „une erreur certaine, erreur fondamentale, erreur capitale, qui influe sur la conception tout entière du droit international privé“: ſo nämlich brandmarkt einer der beſten und gelehrteſten Kenner des internationalen Privatrechts das Prinzip der Rückverweiſung [2]).

internationalen Privatrechts“. Hierauf beziehen ſich im Folgenden die gelegentlichen Citate: „Geſetzeskolliſionen“.

1) Die Nachweiſe für dieſe Behauptung ſollen weiter unten gegeben werden.

2) Lainé, La Conférence de la Haye relative au droit international privé, Journal du droit international privé, Bd. 21 S. 5 ff., 236 ff., ſpeziell S. 247 ff. Eine größere Abhandlung Lainé's über die Frage iſt gerade im Erſcheinen und deren erſtes Stück uns erſt während der Drucklegung unſerer Arbeit zu Geſicht gekommen: Lainé, De l'application des lois étrangères en France et en Belgique, Journal Bd. 23 S. 241 ff.

Digitized by Google

II.

Der Grundsatz der Rückverweisung ist in § 31 des Gebhard'schen Vorentwurfs [1]) ausgesprochen. Er lautet dort (in der zweiten Fassung, welche sich von der ersten nur redaktionell um ein Geringes unterscheidet):

> Die Vorschriften des § 7 Absatz 1, des § 16 Absatz 1, des § 17, des § 18 Absatz 1, des § 19 Absatz 1 Satz 1 und 2, der §§ 21, 22, des § 23 Absatz 1 und des § 29 kommen nicht zur Anwendung, wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Ausländer angehört, nicht die Gesetze dieses Staates, sondern die deutschen Gesetze Anwendung zu finden haben. In diesem Falle sind die deutschen Gesetze maßgebend.

Die angezogenen §§ haben zum Gegenstand: Geschäftsfähigkeit, Ehefähigkeit, persönliche Beziehungen der Ehegatten, Scheidung und Trennung der Ehe, Ehegüterrecht, Schenkungen unter Ehegatten, eheliche Abstammung, Legitimation, Rechtsverhältniß zwischen Eltern und ehelichen Kindern, Vormundschaft und Erbrecht.

Die Rückverweisung ist im Allgemeinen ein Ausdruck der naheliegenden, aber verkehrten Auffassung, — sie ist neuerdings von Schnell [2]) wieder mit besonderer Schärfe hervorgekehrt worden, — daß wir fremdes Recht nur zur Anwendung bringen, weil und insofern dieses selbst angewandt sein will.

---

1) Diese Entwürfe sind amtlich nicht veröffentlicht. Sie sind mitgetheilt worden von Meili, Geschichte und System des internationalen Privatrechts, Leipzig 1892, und abgedruckt bei Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des internationalen Privatrechts, Leipzig 1895.

2) Schnell, Ueber die Zuständigkeit zum Erlaß von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, Zeitschrift für internat. Privat- und Strafrecht, Bd. 5 S. 337 ff.

Digitized by Google

S. dagegen Geſetzeskolliſionen S. 125 ff., 135 ff. Auffallender Weiſe hat man nun aber kaum irgendwo ſo klar und entſchieden gegen jenen Irrthum Stellung genommen, als dies in der Begründung des Gebhard'ſchen Entwurfes geſchehen iſt. Es heißt dort[1]) S. 11:

[Die Rechtsordnung] „anerkennt, daß die Rechtsverhältniſſe vermöge ihrer internationalen Beziehungen ebenſowohl dem Auslande als dem Inlande angehören können, und geſtattet nicht nur, ſondern gebietet, daß bei der Beurtheilung eines dem Auslande angehörigen Verhältniſſes das ausländiſche Recht zur Anwendung gebracht wird. Die Entſcheidung darüber, ob mit Rückſicht auf die internationale Beſchaffenheit des Verhältniſſes das Recht des Inlandes oder des Auslandes anwendbar iſt, ſteht der inländiſchen Rechtsordnung zu. Desgleichen die Entſcheidung darüber, welches der möglicherweiſe in Betracht kommenden fremden Rechte Platz greifen ſoll. Im ſouveränen Staate kann kein anderes Recht angewandt werden, als dasjenige, welches nach dem Willen ſeiner Rechtsordnung angewandt werden ſoll. In der Regel wird das hiernach maßgebende fremde Recht auch ſeinerſeits auf das Verhältniß angewandt werden wollen; Erforderniß ſeiner Heranziehung iſt dies nicht. Das fremde Recht wird zu Grunde gelegt, nicht weil es maßgebend ſein will, ſondern weil es von der inländiſchen Rechtsordnung für maßgebend erklärt iſt. Es iſt möglich, daß zwei

1) Motive zum bürgerlichen Geſetzbuch, allgemeiner Theil I, II, 2, „internationales Privatrecht" 4°, 180 S. (nicht veröffentlicht). Es iſt dringend zu wünſchen, daß man ſich noch entſchließen möge, die ſehr werthvollen Materialien zum internationalen Privatrecht zu publiziren. Gegenwärtig beſteht das abnorme Verhältniß, daß wir gerade für dieſes ſchwierige Rechtsgebiet, und nur für dieſes, allein auf die dürren Paragraphen der Entwürfe angewieſen ſind. Ja nicht einmal die verſchiedenen Entwürfe ſind vollſtändig bekannt gegeben.

Digitized by Google

fremde Rechte maßgebend sein wollen, nach dem Spruche der inländischen Rechtsordnung aber ein drittes Recht anzuwenden ist . . ."

(Aehnliche Aeußerungen vergl. S. 4, 34, 112 der Motive.)

Jeder dieser vortrefflichen Sätze ist geradezu ein Keulenschlag auf das Haupt der Rückverweisung. Es erscheint unbegreiflich, wie man gleichwohl jene Hydra am Leben erhalten konnte. Die Motive geben über diese Wunderkur folgenden Aufschluß (zu § 31 S. 148):

„Der Entwurf geht im Prinzip davon aus, daß das fremde Recht im Inlande zur Anwendung kommt, nicht weil und soweit es angewandt sein will, sondern weil und soweit dessen Anwendung dem Geiste des eigenen Rechts entspricht. Der gegenwärtige § trägt abweichend hiervon der Tendenz des fremden Rechtes insofern Rechnung, als dasselbe in Fällen, in welchen es vermöge des Staatsangehörigkeitsprinzips zur Geltung kommen würde, nicht in Anwendung gebracht werden soll, wenn nach den von ihm angenommenen Grundsätzen des internationalen Privatrechts nicht die Anwendung des eigenen Rechts, sondern die des deutschen Rechts geboten sein würde. Die Vorschrift empfiehlt sich einerseits, weil sie die Kollisionen mit den Konsequenzen der Theorie vom Wohnsitz mindert, anderseits weil, ohne dem Prinzip zu nahe zu treten, dem deutschen Rechte ein weiterer, die Sicherung des inländischen Rechtsverkehrs fördernder Herrschaftskreis zugewiesen wird. . . . ."

Das Vorstehende ist alles, was zur Rechtfertigung des § 31 geltend gemacht wird. Auch die Nachtragsbegründung von 1887 [1]) bringt keine weiteren Argumente, sondern referirt lediglich die inzwischen bekannt gewordenen Aeußerungen der Theorie und Praxis.

1) Internat. Privatrecht, Bemerkungen zu den Abänderungsvor-

Digitized by Google

Man hat alſo — wie wäre dies auch anders möglich? — nicht verkannt, daß die Rückverweiſung mit der zuvor proklamirten Grundauffaſſung des internationalen Privatrechts in flagrantem Widerſpruch ſtehe. Die eingeſtreute Zwiſchenbemerkung „ohne dem Prinzip zu nahe zu treten", meint offenbar nicht jene allgemeine Grundauffaſſung, welcher man ja mit vollem Bewußtſein zu nahe treten will, ſondern das Prinzip der Staatsangehörigkeit im Gegenſatz zu dem des Wohnſitzes; ſie iſt übrigens auch in dieſem Sinne eine etwas kühne Behauptung. Man hat alſo, ſagen wir, die Prinzipwidrigkeit der Rückverweiſung an ſich nicht verkannt. Man glaubt ſich aber zu der Abweichung berechtigt wegen zweier hiermit erkauften Vortheile: 1) Minderung der Geſetzeskolliſionen und 2) Ausdehnung des Herrſchaftskreiſes des deutſchen Rechts.

Der erſtere dieſer beiden Vortheile iſt illuſoriſch, wie ich Geſetzeskolliſionen S. 15 ff. und S. 22 glaube dargethan zu haben. Es iſt nicht wahr, daß durch die Rückverweiſung — welche ja, ihre Richtigkeit vorausgeſetzt, von dem Auslandrichter ebenſowohl angewandt werden muß und thatſächlich angewandt wird wie von dem Inlandrichter — die Kolliſionen *vermindert* werden; ſie werden lediglich *verſchoben*. Ohne Rückverweiſung wendet, in den gleichgelagerten Fällen, der Inlandrichter ausländiſches, der Auslandrichter inländiſches Recht an; mit Rückverweiſung wendet der Inlandrichter inländiſches, der Auslandrichter ausländiſches Recht an. Die Kolliſion bleibt hier wie dort beſtehen, und erreicht wird nur das unvernünftige Reſultat, daß jeder der beiden Richter gerade dasjenige Recht zur Anwen-

---

ſchlägen des Referenten und zu der Begründung des Entwurfes. Berlin 1887. 4°. 60 S.

Digitized by Google

dung bringt, welches nach seiner eigenen Kollisionsnorm [1]) nicht zur Herrschaft berufen ist.

Der zweite Grund der Motive ist wohl nur zur Bestärkung des vermeintlich durchgreifenden ersten Grundes beigefügt, und nicht geeignet, irgend welche selbständige Tragkraft zu üben. Wenn es ohne weiteres richtig wäre, daß der inländische Rechtsverkehr durch die Erweiterung des Herrschaftskreises unserer Rechtsordnung gesichert wird, so thäte man ja am besten, die Anwendung fremden Rechts überall, wo irgend inländische Rechtsbeziehungen vorliegen, einfach auszuschließen. Mit derartig vagen Neigungen für eine möglichst ausgedehnte Herrschaft des Inlandrechts kann man die Anwendung des letzteren, wo man immer will, begründen. Der Wächter'sche Satz, der Richter habe nur „im Zweifel" Inlandrecht anzuwenden, ist dagegen reines Kinderspiel.

III.

Talleyrand meinte einmal: „Ich weiß eine Waffe, furchtbarer als die Verleumdung: es ist die Wahrheit." Das geistreiche Wort, auf theoretische Fragen angewendet, und des cynischen Umhanges entkleidet, möchte etwa lauten: „Man widerlegt einen Irrthum am besten, wenn man ihn mit Konsequenz vertritt." Die Konsequenz der Vertretung fehlte dem Gebhard'schen § 31 in zweifacher Richtung:

1) Er wandte die Rückverweisung nur für einzelne, aller-

1) Wir adoptiren diesen Niemeyer'schen Ausdruck, welcher neben dem Vorzug der Knappheit und allgemeiner Verständlichkeit auch die Tradition (collisio statutorum) für sich hat. Man kann sich nicht immer der Umschreibung „Normen des internationalen Privatrechts" bedienen, und die von mir (Gesetzeskollisionen) regelmäßig gebrauchte Abkürzung „privatinternationale Norm" ist leider weder geschmackvoll noch handlich. Allerdings wäre zu wünschen gewesen, daß man die Bezeichnung „Kollision" womöglich auf die „echten Gesetzeskollisionen" beschränkt hätte.

Digitized by Google

dings die wichtigſten, Rechtsgebiete an. Es iſt aber kein Grund erfindlich, weshalb das Prinzip nur für diejenigen Kolliſionsnormen gelten ſoll, welche die Staatsangehörigkeit zum Anknüpfungsbegriff nehmen. Iſt der Grundſatz richtig, ſo muß er allgemeine Gültigkeit haben, wie man ihn auch thatſächlich ebenſo für die Kolliſionsnormen mit dem Wohnſitz, mit dem locus actus ꝛc. als Anknüpfungsbegriff angewendet hat (vergl. die Geſetzeskolliſionen §§ 3—5 citirten Erkenntniſſe).

2) Wenn man die Rückverweiſung billigt, ſo muß man auch die Weiterverweiſung zulaſſen. Denn der einzige Unterſchied, das Einzige, was für jene und nicht auch für dieſe angeführt werden kann, nämlich das „in dubio pro lege fori“ — iſt ein Grundſatz, welchen man als ſolchen allgemein verwirft.

Bei der erſten Berathung des internationalen Privatrechts in der Kommiſſion wurde ein Antrag geſtellt, welcher dieſen beiden Unvollkommenheiten des Entwurfes gründlich abhalf. Es wurde vorgeſchlagen, ſtatt des § 31 zu beſchließen [1]):

„In Anſehung der Frage, nach welchen Geſetzen ein Rechtsverhältniß zu beurtheilen iſt, ſind ausſchließlich die deutſchen Geſetze maßgebend. Soweit jedoch nach den Beſtimmungen der §§ 6—29 ein Rechtsverhältniß nach den Geſetzen eines auswärtigen Staates zu beurtheilen iſt, die Geſetze dieſes Staates aber die Beurtheilung des Rechtsverhältniſſes nach deutſchen Geſetzen vorſchreiben, iſt das Rechtsverhältniß nach den darauf bezüglichen deutſchen Geſetzen zu beurtheilen. Schreiben die Geſetze des

1) 698. Sitzung der erſten Kommiſſion vom 26. Sept. 1887, Protokolle S. 11 583 ff. (Die hier und im Folgenden citirten Verhandlungen ſind gleichfalls nicht veröffentlicht; vergl. oben S. 369 Anm. 1.)

Digitized by Google

auswärtigen Staates, auf welche in den §§ 6 bis 29 verwiesen ist, die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses nach den Gesetzen eines dritten Staates vor, und stimmen die Gesetze des letzteren hiermit überein, so ist das Rechtsverhältniß nach den darauf bezüglichen Gesetzen dieses dritten Staates zu beurtheilen." Das ist die allgemeine Rückverweisung, einschließlich der Weiterverweisung, und einfach der Gedanke des § 31 zu Ende gedacht. Unvorsichtigerweise haben eben damit die Freunde der Rückverweisung selbst ihren Gegnern jene furchtbare Waffe des konsequenten Irrthums in die Hand gedrückt. Sie zeigen klar, daß der Grundsatz ad absurdum führt. Der Antrag selbst deutet in vortrefflicher Weise darauf hin, verbis: „und stimmen die Gesetze des letzteren hiermit überein". Was kann geschehen, wenn sie nicht übereinstimmen? Offenbar nur eines von zweien: Entweder man geht auf die abermalige Weiterverweisung des dritten Staates nicht mehr ein; dann giebt man freiwillig die Durchführung des Prinzips auf, und zeigt schlagend, daß es verkehrt war, der ersten Verweisung zu folgen, da man die zweite gleichartige nunmehr doch nicht beachtet. Oder aber man folgt auch der zweiten Weiterverweisung; was dann im Falle einer dritten, vierten und so fort? Man steht mitten im circulus inextricabilis.

Auch praktisch ist das Resultat der Weiterverweisung ein handgreiflich unvernünftiges. In beiden Fällen zwar — Rückverweisung wie Weiterverweisung — wendet der Richter, wie oben gesagt, unter Adoptirung einer fremden Kollisionsnorm gerade dasjenige Ortsrecht an, welches nach seiner eigenen Kollisionsnorm eben nicht zur Herrschaft berufen ist; aber bei der Rückverweisung ist das so zur Anwendung gelangende Ortsrecht doch wenigstens das des Inlandes, und das macht

Digitized by Google

die Sache plausibel; bei der Weiterverweisung ist es ein drittes fremdes Recht, welchem der Richter, entgegen der eigenen Kollisionsnorm, zum Siege verhilft; und das leuchtet, von aller Theorie abgesehen, auch dem Praktiker nicht mehr ein. In der That ist die Weiterverweisung unseres Wissens in gerichtlichen Entscheidungen nicht vertreten.

Die furchtbare Waffe des konsequenten Irrthums hat in der ersten Kommission ihre Wirkung nicht verfehlt. Es heißt im Protokoll: „Die Kommission entschied dem Antrage unter 1 gemäß für Streichung des § 31 des Entwurfs, womit der Antrag unter 2 (es ist dies der oben angeführte) als abgelehnt galt."

Zur Begründung wird ausgeführt: „Das ..... für maßgebend erklärte fremde Recht sei zur Anwendung zu bringen ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe seinerseits angewandt sein wolle; den Grundsätzen des fremden Rechtes über die internationalrechtliche Tragweite seiner Normen werde Berücksichtigung nicht zu Theil ..... Die inländische Rechtsordnung habe in Ansehung derjenigen Rechtsverhältnisse, welche sie nicht ergreife, ein gewichtiges Interesse daran, daß dieselben nach den einschlagenden Rechtssätzen desjenigen fremden Rechtes beurtheilt würden, dessen Anwendung sie selbst für angemessen erachte..... Anlangend den Vorschlag des Entwurfes, so seien die Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche für denselben sprechen möchten [?], nicht hinreichend, um eine so einschneidende Modifikation des Grundprinzipes zu rechtfertigen..... Sei aber schon der Entwurf abzulehnen, so könnten noch weniger die über denselben weit hinausgehenden Sätze 2 und 3 des Antrages unter 2 Billigung finden."

Ein interessantes die Rückverweisung betreffendes Intermezzo spielte sich ferner im Schooße der ersten Kommission ab.

In der 693. Sitzung vom 14. Sept. 1887 (Protokolle

Digitized by Google

S. 11 499 ff.) wurde § 13 des Gebhard'schen Entwurfs — in Uebereinstimmung mit der Aenderung, welche zuvor für § 11 beschlossen worden war — dahin abgeändert, daß auch für die „übrigen Schuldverhältnisse" das Recht des Entstehungsortes maßgebend sein solle, mit der Beschränkung: „sofern nicht aus den Gesetzen sich ein Anderes ergiebt."

Unter diesem zweideutigen Zusatz hat man nach Feststellung des Protokolls gerade die Rückverweisung — und zwar als Weiterverweisung — verstanden. Es sollte „dem Rechte am Entstehungsorte die Bestimmung desjenigen anderen Rechtes anheimgestellt werden, welches Anwendung zu finden habe." (Prot. S. 11512.) Noch in der 698. Sitzung, in welcher man, wie dargelegt, die Rückverweisung grundsätzlich verwarf, wurde jene vorher beschlossene Bestimmung des § 13 als Ausnahme im alten Sinne ausdrücklich aufrecht erhalten (Prot. S. 11586).

Bei der zweiten Berathung des internationalen Privatrechts (737. Sitzung vom 16. Dez. 1887, Prot. S. 12285 ff.) war seitens des Redaktors zu § 13 (jetzt § 7) eine Fassung beantragt, welche jene Absicht mit voller Deutlichkeit feststellte:

„Das Schuldverhältniß aus einem anderen Grunde ..... wird ..... nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt, an welchem der für die Entstehung des Schuldverhältnisses maßgebende Thatbestand sich verwirklicht hat, sofern nicht aus diesen Gesetzen ein anderes sich ergiebt."

Diesmal aber stellte sich die Kommission plötzlich auf einen ganz anderen Boden. Sie beschloß die Fassung:

„sofern nicht aus dem Gesetze ein anderes sich ergiebt",

entsprechend einem Antrage, welcher zur Begründung ausdrücklich bemerkt hatte: „Unter dem „Gesetze" sind das G.B. und sonstige, einschlägige Vorschriften enthaltende Reichsgesetze verstanden. Ist nach der Regelvorschrift das Gesetz

Digitized by Google

des Entſtehungsortes maßgebend, ſo kommt es nicht darauf an, ob dieſes (ausländiſche) Geſetz ſeiner Tendenz nach angewandt ſein will."

Die Geſammtkommiſſion hat ausdrücklich auch dieſe Begründung ſich angeeignet. Man verließ mit vollem Bewußtſein den in der erſten Berathung zu § 13 eingenommenen Standpunkt und ſtellte feſt: „Nachdem .... im weiteren Verlaufe der Berathung .... der Grundſatz angenommen worden ſei, daß, wenn das deutſche Recht ein fremdes Recht für maßgebend erkläre, das fremde Recht Anwendung zu finden habe, möge es ſeinerſeits angewendet ſein wollen oder nicht, ... liege .... zu einer .... Sonderbeſtimmung .... in Anſehung des § 7 .... kein genügender Grund vor." (Prot. S. 12299 12300.)

Man ſieht, Talleyrand's furchtbare Waffe hat ganze Arbeit gethan. Sie hat nachwirkend auch den letzten Reſt der Rückverweiſung vernichtet. Nach dem Entwurf der erſten Kommiſſion „über die räumliche Herrſchaft der Rechtsnormen", wie er in der 733. Sitzung endgültig feſtgeſtellt wurde, iſt die Rückverweiſung von Grund aus beſeitigt und ausdrücklich verworfen.

IV.

Die zweite Kommiſſion ſteht im Prinzip auf dem gleichen Standpunkt wie die erſte. Zwei Anträge, ein allgemeiner und ein beſonderer (letzterer für das eheliche Güterrecht), die Rückverweiſung und Weiterverweiſung aufzunehmen, wurden abgelehnt. Wiederum wurde feſtgeſtellt, „der Grundgedanke des Antrages widerſpreche der von der Kommiſſion angenommenen prinzipiellen Auffaſſung. Das Recht des ausländiſchen Staats komme zur Anwendung, nicht weil der ausländiſche Geſetzgeber das Verhältniß regeln wolle, ſondern

Digitized by Google

weil das inländiſche Geſetz vorſchreibe, daß das Verhältniß nach dieſem Recht beurtheilt werden ſolle“ [1]).

Leider aber iſt es der Kommiſſion nicht gelungen, dieſer ihrer prinzipiellen Auffaſſung durchgängig treu zu bleiben. Sie hat es nicht unterlaſſen können, in zwei Ausnahmefällen die Rückverweiſung [2]) wieder einzuführen.

1) Nach § 2245 Abſatz 1 beſtimmt ſich die Eheſähigkeit nach dem Heimathrecht [3]) der Verlobten. Die zweite Kommiſſion hat folgenden Zuſatz beſchloſſen:

„Geſtattet das Recht dieſes Staates, daß der Verlobte die Ehe nach den Geſetzen ſeines Wohnſitzes, oder nach den Geſetzen des Ortes eingeht, an welchem die Ehe geſchloſſen wird, ſo genügt für ihn die Beobachtung dieſer Geſetze.“

2) § 2247 Abſatz 1—3 erklären für die Auflöſung, Scheidung und Trennung der Ehe im Allgemeinen das Heimatrecht des Ehemanns als maßgebend. Die Kommiſſion fügte einen Abſatz 4 bei:

„Sind nach dem Rechte des Staates, deſſen Geſetze nach dieſen Vorſchriften Anwendung finden, die am Wohnſitze des

1) Aron, Die Beſchlüſſe der Kommiſſion der zweiten Leſung ꝛc., Zeitſchrift für internat. Privat- und Strafrecht, Bd. 6 S. 1 ff., ſpeziell S. 4 ff., S. 18 ff.

2) Wir gebrauchen, wie es üblich geworden iſt, den Ausdruck „Rückverweiſung“ regelmäßig im weiteren Sinne, ſo daß die „Weiterverweiſung“ darin einbegriffen iſt. Meint man die eigentliche Rückverweiſung im Gegenſatz zur Weiterverweiſung, ſo muß man eben von „Rückverweiſung im engeren Sinne“ ſprechen.

3) Wir ſehen keine Gefahr in der Anwendung des auch von Niemeyer regelmäßig gebrauchten ſchönen und gut-deutſchen Ausdrucks „Heimathrecht“ für „Geſetz der Staatsangehörigkeit“, „loi nationale“, „lex patriae“. Der Umſtand, daß man mit dem Worte „Heimathrecht“ „namentlich in Süddeutſchland den Begriff des Rechtes des Unterſtützungswohnſitzes verbindet“ (Cahn, Zweiter internationaler Kongreß für internationales Privatrecht im Haag, Zeitſchrift für internat. Privat- und Strafrecht, Bd. 5 S. 4 Anmerk. 1) kann doch auf unſerem völlig heterogenen Gebiete nicht wohl zu Mißverſtändniſſen führen.

Digitized by Google

Mannes geltenden Geſetze anzuwenden, ſo ſind dieſe Geſetze maßgebend."

Die Sätze erfordern eine genaue Beſprechung, welche dadurch nicht überflüſſig wird, daß ſie ſich in der Reichstagsvorlage nicht mehr vorfinden. Denn wenn der Bundesrath ſie geſtrichen hat, ſo geſchah dies nicht in Verwerfung, ſondern in ausdrücklicher Anerkennung ihres weſentlichen Inhaltes. Sie ſind gefallen als Specialitäten, nur um dem allgemeinen Gedanken, welchem ſie entfloſſen ſind, wieder Platz zu machen, wenn auch unter gleichzeitiger Rückbildung der allgemeinen Weiterverweiſung zur engeren Rückverweiſung. Sie ſind alſo die Pioniere, welche für den Wiedereinbruch der Rückverweiſung die erſte Breſche gelegt haben. Die Gründe, welche für die zweite Kommiſſion hier beſtimmend waren, müſſen uns daher mit als diejenigen der Reichstagsvorlage gelten: dies um ſo mehr, als wir über die Gründe des Bundesraths vorläufig im Dunkeln ſind (vergl. unten S. 399).

V.

Wir beginnen mit der letzteren der beiden Regeln. Sie iſt ihrem Gehalt nach völlig klar: es iſt die einfache Weiterverweiſung. Weniger klar als der Gehalt der Regel iſt ihre Begründung als Sonderbeſtimmung. Iſt die Weiterverweiſung als ſolche richtig und vernünftig, ſo muß ſie allgemein gelten; iſt ſie unrichtig und unvernünftig, ſo bleibt ſie dies auch für die Eheſcheidung. Die Protokolle ſagen (Aron a. a. O. S. 13):

„Es iſt dieſer Grundſatz eine Ausnahme von dem im Allgemeinen verworfenen Prinzip der Rückverweiſung. Es wurde dafür geltend gemacht, wenn der deutſche Geſetzgeber dafür halte, daß in dem für die geſetzliche Regelung bedeutſamſten Fall der Auflöſung der Ehe, nämlich bei der Scheidung

Digitized by Google

und Trennung der Ehegatten, neben dem ausländischen Recht stets noch das einheimische Gesetz mit berücksichtigt werde[1]), so bestehe kein Grund, der ausschließlichen Anwendung des deutschen Rechts zu widersprechen, wenn das an sich daneben in Betracht kommende fremde Recht selbst gar nicht angewandt sein wolle. Geradezu nothwendig sei der Satz für den Fall der Wiederverheirathung eines Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen. Die Auflösung der früheren Ehe erfolge, wenn der für todt erklärte Gatte noch lebe, nach deutschem Recht mit Eingehung der neuen Ehe; zur Gültigkeit der letzteren aber genüge bei Ausländern, die im deutschen Reich domizilirt seien, falls deren einheimisches Recht neben sich die Gesetze des Wohnsitzes gelten lasse, nach § 2245 das Vorhandensein der Voraussetzungen des deutschen Rechts. Nehme man nun nicht den gleichen Grundsatz auch hinsichtlich der Auflösung der Ehe an, und enthalte das ausländische Recht keinen dem § 1482 entsprechenden Rechtssatz, so ergebe sich das unmögliche Resultat, daß die neue Ehe des Ausländers als rechtsbeständig behandelt werden müsse, obwohl die frühere nicht aufgelöst sei. Diese Schwierigkeit werde durch den Abs. 4 vermieden."

Es ist nicht schwer, die Unhaltbarkeit dieser Argumente darzuthun. Der erste Theil derselben, welcher lediglich mit dem „Nichtangewendetsein wollen" des ausländischen Rechts operirt, ist ein Verlassen des vorher mit Emphase ausgesprochenen Hauptgrundsatzes, wonach es hier eben nicht auf das Wollen, sondern allein auf das Sollen ankommt, ohne daß für diese Fahnenflucht auch nur der Schein einer Begründung zu ent-

1) Dies bezieht sich auf § 2249: „Auf Scheidung sowie auf beständige oder zeitweilige Trennung von Tisch und Bett kann auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn zugleich nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein würde."

Digitized by Google

decken wäre. Denn die Schlußfolgerung von der allgemein angeordneten Mitberücksichtigung des deutschen Rechts auf dessen ausschließliche Anwendung in dem eigenartigen Falle der Rückverweisung ist mehr als kühn. Die Weiterverweisung wird aber zudem mit diesem Gedanken auch nicht einmal gestreift.

Es bleibt der zweite Theil, die angebliche Nothwendigkeit der Bestimmung für den Fall der Wiederverheirathung eines Ehegatten nach erfolgter Todeserklärung des anderen. Gesetzt zunächst, die gegebene Begründung sei in sich selbst folgerichtig, so basirt sie lediglich auf der oben an erster Stelle citirten, gleichfalls von der zweiten Kommission eingefügten Zusatzbestimmung des § 2245. Fällt diese als irrationell — quod erit demonstrandum —, so fällt damit die vorliegende Begründung von selbst zusammen. Bliebe aber auch § 2245 bestehen, so würde es doch in keinem Falle eine richtige Stütze für § 2247 Absatz 4 abgeben. Denn was beweist die Protokollbegründung im besten Falle? Doch höchstens, daß für die Auflösung der Ehe der „gleiche Grundsatz" festgesetzt werden müsse, wie für die Eingehung derselben. Das geschieht ja aber gar nicht durch Absatz 4 des § 2247. Das „unmögliche Resultat" würde also nicht allgemein vermieden; es bliebe z. B. bestehen, wenn der Ort des neuen Eheabschlusses Deutschland ist, das Heimathrecht die Gesetze des Eheschließungsortes gelten läßt (Amerika), und weder das Heimathrecht noch das Wohnsitzrecht „einen dem § 1482 entsprechenden Rechtssatz enthält".

Wir haben bisher zu Gunsten der Protokollbegründung, wie gesagt, vorausgesetzt, daß dieselbe überhaupt in sich selbst schlüssig sei. Auch diese Voraussetzung aber trifft bei genauerer Betrachtung nicht zu. Das erschreckende Resultat ist gar nicht die zwingende Folgerung aus den supponirten Prämissen. Wenn nach dem Gesetz die Auflösung der Ehe sich aus-

Digitized by Google

schließlich nach Heimathrecht bestimmen würde, während für die Eingehung der Ehe unter Umständen das Recht des Wohnsitzes oder das des Eheschließungsorts mit herangezogen wird, so ergiebt sich keineswegs, daß eine nach Heimathrecht nicht aufgelöste Ehe zur Eingehung einer zweiten Ehe befähige, deshalb, weil sie nach dem für die Ehefähigkeit maßgebenden Wohnsitzrecht als aufgelöst zu gelten hätte. Eine Norm der Ehefähigkeit ist der Satz: Niemand darf eine neue Ehe schließen, bevor die frühere Ehe rechtsgültig aufgelöst ist. Die Frage aber, ob die frühere Ehe rechtsgültig aufgelöst ist, und welche Umstände geeignet sind, sie aufzulösen, ist nicht eine Frage der Ehefähigkeit, sondern eine der Eheauflösung. Den Normen der letzteren Gattung gehört also auch der angezogene § 1482 (§ 1331 d. Reichstagsvorl.) an. Eine richtige Gesetzesauslegung würde mithin in dem der Kommission vorschwebenden Falle gar nicht zu jenem „unmöglichen Resultate" gelangen. Sie würde vielmehr zu sagen haben: Nach § 2247 ist maßgebend für die Auflösung der Ehe das Heimathrecht des Ehemanns; nach diesem Rechte ist durch die Eingehung einer zweiten Ehe die zu Recht bestehende erste Ehe trotz voraufgegangener Todeserklärung der lebenden ersten Ehefrau nicht aufgelöst worden; folglich ist auch in Deutschland die zweite Ehe ungültig, weil die erste Ehe nicht aufgelöst war, und weil nach dem für die Ehefähigkeit auf Grund von § 2245 in Betracht kommenden deutschen Wohnsitzrecht ebensowohl wie nach dem ausländischen Heimathsrecht „eine Ehe nichtig ist, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte" (Reichstagsvorlage § 1309). Auf die etwa in Betracht kommende Einwendung des „zwingenden Charakters" des § 1482 (II. E.) — vergl. § 2264 (II. E.) — brauchen wir nicht einzugehen: sie wäre gleichfalls nur gegen die Kommissionsbegründung zu verwerthen.

Digitized by Google

VI.

Wir kommen nunmehr zu der komplizirteren und wichtigeren der von der zweiten Kommission eingeführten Neuerungen und damit zu einem Gegenstande, welcher weit über die Grenzen des zweiten Entwurfes hinaus, ja über die unseres bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt, von Bedeutung ist[1]). Denn den Zusatz des § 2245 hat die zweite Kommission nicht geschaffen, sondern nur recipirt. Er ist eine der Regeln, auf welche sich die Haager Konferenz für internationales Privatrecht geeinigt hat, und er hat als solche alle Aussicht, mit oder ohne bürgerliches Gesetzbuch, nicht nur deutsches, sondern gemeinsames europäisches Recht zu werden.

Artikel 1 der Haager Beschlüsse betreffend die Conditions pour la validité du mariage lautet:

„Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, sauf à tenir compte, soit de la loi du domicile soit de la loi du lieu de la célébration, si la loi nationale le permet. En conséquence et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective."

Daß es sich hier um nichts anderes als um unsere Rückverweisung handelt, läge für jeden am Tage, wenn es die Haager Konferenz bei der ersten Fassung des Satzes belassen hätte. In den Konferenzbeschlüssen von 1893 lautete der oben hervorgehobene Zwischensatz:

1) Wir haben deshalb geglaubt, diesen Punkt in der Ueberschrift unseres Aufsatzes besonders andeuten zu müssen.

Digitized by Google

„à moins que cette loi ne s'en rapporte soit à la loi du domicile, soit à la loi du lieu de la célébration."

Hinter dieſen Worten würde wohl kein Menſch etwas anderes geſucht oder gefunden haben, als das nackte Prinzip der Rückverweiſung. Nur dies war auch aus dem beigegebenen Bericht der erſten Kommiſſion zu entnehmen. Dort wurde zur Rechtfertigung unſeres Satzes geſagt[1]):

„Quand on dit que la loi nationale est compétente pour régler le droit de contracter mariage, on se réfère aux dispositions de cette loi sur les diverses conditions exigées. Mais il peut se faire que cette loi ne se préoccupe pas d'imposer ses prescriptions à ses nationaux qui sont à l'étranger, et les laisse seulement soumis aux lois du pays où ils sont domiciliés (voyez par ex: Loi fédérale suisse de 1874).

En pareil cas, on se conformera à la loi nationale elle-même des futurs époux en appréciant leur capacité d'après la législation de leur domicile. Même il se pourrait que la loi nationale, allant plus loin encore, admît que la loi du lieu de la célébration peut régler pleinement les conditions de validité du mariage quand au fond. On ne saurait alors, dans le lieu de célébration, éxiger autre chose que l'observation des dispositions de la loi locale; en agissant ainsi, on se conformera à la loi nationale elle-même et on ne peut avoir la prétention de mieux protéger ses nationaux, qu'elle ne le fait elle-même."

Mit ähnlichen Argumenten hat man immer und überall

1) Actes de la conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé, Ie partie, p. 46.

die Rückverweiſung und nichts als die Rückverweiſung zu rechtfertigen verſucht.

Noch deutlicher als Text und Begründung ſprechen aber die Diskuſſionen der Konferenz. Hier entſpann ſich über unſern Satz lediglich ein kurzer Dialog zwiſchen dem belgiſchen Delegirten Beeckman und dem ſchweizeriſchen Delegirten Meili. Erſterer meinte, die Worte „à moins que etc.“ ſeien überflüſſig, „la loi du domicile, ou celle du lieu de la célébration, n'étant appliquée que pour autant que la loi nationale s'y réfère.“ Letzterer erwiderte, Beeckman's Bemerkung ſei „spécieuse“; nach ſeiner — Meili's — Auffaſſung handle es ſich in dieſem Falle nicht um „l'application de la loi nationale, mais de la référence à cette loi“ [1]). Das war Alles. Und hieraus dürfte doch wohl hervorgehen, daß die zweite Konferenz ſich einer Täuſchung hingiebt, wenn ſie meint, ſchon die erſte Konferenz habe unter dem Satze dasjenige verſtanden, was die zweite Konferenz daraus gemacht hat. Nur unter der Vorausſetzung, daß man gar nichts anderes im Auge hatte, als die einfache Rückverweiſung, hat die Bemerkung Beeckman's — welcher offenbar von der in Belgien herrſchenden Rückverweiſungspraxis (vergl. Geſetzeskoll. § 14) ſo beeinflußt war, daß er ſie für etwas Selbſtverſtändliches hielt — überhaupt einen Sinn. Andernfalls war ſie ein ſo offenbares Mißverſtändniß, daß zur Aufklärung doch etwas anderes hätte geſagt werden müſſen, als Meili's zutreffende, aber rein formale Entgegnung. Wer wollte behaupten, daß die Klauſel in dem Sinne, wie ſie nachgewieſenermaßen die zweite Konferenz aufgefaßt hat, und wie ſie unſer § 2245 ganz richtig wiedergiebt, ſich jemals von ſelbſt verſtehen könne? Welcher noch ſo kühne Ausleger wollte aus dem

1) Sitzung vom 22. Sept. 1893, actes S. 41.

Digitized by Google

ſchlichten Satze: „Die Eheſchließung beſtimmt ſich nach Heimathrecht", die verwickelte Folgerung herausleſen: „Verweiſt das Heimathrecht auf das Wohnſitzrecht oder auf den Eheſchließungsort, ſo iſt ſolcher Verweiſung ſtattzugeben, im Falle daß es für den Beſtand der Ehe günſtig iſt; nicht ſtattzugeben aber, wenn es dem Beſtande der Ehe ungünſtig wäre?"

In gleichem Sinne, nämlich als einfache Rückverweiſung, hat auch ein ſo umſichtiger Schriftſteller wie Lainé die Klauſel aufgefaßt. Bei vollſtändiger Kenntniß der Konferenzmaterialien kommt ihm überhaupt nicht der Gedanke, daß man etwas anderes gemeint haben könne, und er knüpft daran ſeinen fulminanten Erguß gegen das Prinzip der Rückverweiſung (Journal du droit etc. Bd. 21 S. 247 ff.). Lediglich dieſe Angriffe waren es, welche die zweite Konferenz zu der Faſſungsänderung veranlaßt haben [1]). Lainé hat dabei einen gewiß ſeltenen Triumph gefeiert. Man hat nicht nur ſeine Ausführungen unbedingt anerkannt, ſondern ihnen ſogar rückwirkende Kraft beigelegt. Man ſtellt feſt, die erſte Konferenz habe gar nichts anderes ſagen wollen, als dasjenige, was Lainé der zweiten, ausdrücklich als Verbeſſerung, vorſchlägt (als „tempérament, bien moindre que celui que la conférence a admis"):

„Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux. Toutefois s'il existe dans la législation nationale de chacun des futurs époux une disposition concernant le conflict des lois, qui permette l'application soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de la célébration, le mariage conforme à l'une ou l'autre de ces deux dernières lois ne devra nulle part être considéré comme nul [2])."

1) Actes de la deuxième conférence de la Haye etc. S. 47 ff.
2) Lainé a. a. O. S. 253.

Die Konferenz hätte ſchon beſſer gethan, wenn ſie einmal materiell Lainé folgte, dies auch formell zu thun. Mag ſeine „formule“ auch „un peu trop abstraite“ ſein, ſie bringt jedenfalls den Gedanken klar und deutlich ohne die Möglichkeit eines Mißverſtändniſſes zum Ausdruck. Ueber den Beſchluß der Konferenz läßt ſich dies nicht ſagen, auch abgeſehen von dem ſchwerfälligen, ganz dem Geſetzesſtil zuwiderlaufenden Kommentarſatz: „en conséquence et sauf cette réserve etc.“ Allerdings wäre es bei einer ſo radikalen Aenderung ſchwieriger geweſen, die Fiktion aufrecht zu erhalten, daß man die Textänderung vornehme „non pour changer le principe, mais pour mieux en faire comprendre la véritable portée.“ Wären dieſe Worte dem zungenſcharfen alten Argentraeus zu Geſicht gekommen, ſo hätte er ſich wohl nicht enthalten können, mit urbaner Biederkeit zu bemerken: „Haec si alius diceret quam Molinaeus (lies: Renault), hoc est vir eruditissimus et probus, aut falli aut fallere velle judicari deberet.“

VII.

Die formelle Deſcendenz unſerer Klauſel aus der einfachen Rückverweiſung ſcheint mir durch Vorſtehendes dargethan.

Es bleibt nachzuweiſen, daß ſie auch materiell nichts anderes iſt, als eine, allerdings beſchränkte und modifizirte, Rückverweiſung. Dies bedürfte kaum einer näheren Ausführung, wenn es nicht von einem ſo klaren und konſequenten Gegner jenes Prinzips, wie Niemeyer, in Abrede geſtellt worden wäre. Niemeyer behauptet — unter Billigung Neumann's[1]) — es handle ſich hier gar nicht um eine eigent-

1) Niemeyer, Vorſchläge und Materialien ꝛc. S. 190 ff.; Neumann, Internationales Privatrecht in Form eines Geſetzentwurfs nebſt Motiven und Materialien, Berlin 1896 S. 29 Anm. 2.

Digitized by Google

liche Rückverweisung. Letztere bedeute „das Zurückweichen des Gesetzgebers gegenüber dem Willen eines anderen Gesetzgebers in der Regelung der Kollisionsfrage.... Nicht die an und für sich sachlich erwünschte Rechtsordnung, sondern eine andere Rechtsordnung solle dann maßgebend sein." Hier aber werde die „loi nationale .... nicht etwa bloß unter der Bedingung zu Grunde gelegt, daß sie selbst zu Grunde gelegt werden wolle. Vielmehr werde sie schlechthin [?] für maßgebend erklärt. Eine nach dem Heimathrecht gültige Ehe solle unbedingt gültig sein, auch wenn das Heimathrecht die Maßgeblichkeit von sich ab- und der lex domicilii oder der lex loci actus zuweise. Aber es werde darüber hinaus die Gültigkeit der Ehe auch unter den beiden Voraussetzungen statuirt, 1) daß die Ehe nach der lex domicilii oder nach der lex loci actus gültig ist, und 2) daß das Heimathrecht — sei es unbedingt, sei es fakultativ — die Beurtheilung nach Wohnsitzrecht oder Ortsrecht der Eheschließung vorschreibt. Das bedeute keineswegs das Preisgeben der eigenen Auffassung des Gesetzgebers von der Kollisionsfrage zu Gunsten der abweichenden Auffassung eines anderen Gesetzgebers, vielmehr eine selbständige und definitive Regelung der Kollisionsfrage. Die methodischen und prinzipiellen Gründe gegen das Rückverweisungssystem fallen hier also fort."

Ein eigenthümliches Sophisma durchzieht diese Ausführungen. Ein „Zurückweichen des Gesetzgebers gegenüber dem Willen eines anderen Gesetzgebers in der Regelung der Kollisionsfrage" liegt doch immer dann vor, wenn der fremden Kollisionsnorm als solcher überhaupt Rechnung getragen wird. Ob dies unbedingt geschieht oder bedingt, in allen Fällen oder nur in einzelnen, das mag praktisch ein Unterschied sein, „methodisch und prinzipiell" ist es durchaus das Gleiche. Man bedenke doch, daß auch die einfache Rückverweisung im engeren

Digitized by Google

Sinne — wie sie § 31 des Gebhard'schen Entwurfes anerkennt, und wie sie in der Praxis regelmäßig angewendet wird — gleichfalls nicht ein unbedingtes und unbeschränktes „Zurückweichen des Gesetzgebers gegenüber dem Willen eines anderen Gesetzgebers in der Regelung der Kollisionsfrage" bedeutet. Nur dann und nur insoweit wird zurückgewichen, als man durch dieses Zurückweichen zur Anwendung des einheimischen Rechts gelangt. Ganz ähnlich liegt die Sache hier. Nur dann und nur insoweit wird zurückgewichen, als man dadurch zur Aufrechterhaltung einer sonst ungültigen Ehe gelangt. In beiden Fällen ist der Gedanke der Verweisung nicht rein durchgeführt, sondern mit einem anderen verschmolzen. Der andere Gedanke heißt dort: „In dubio pro lege fori"; hier: „In dubio pro matrimonio". Der „favor negotii" ist ja gleichfalls ein Grundsatz, der vielfach auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts herumspukt. Man vergleiche z. B. die Sätze des preußischen allgem. Landrechts, Einleit. § 35 Teil 1 Tit. 5 §§ 113 ff.; österreich. bürgerl. Gesetzb. § 35; privatrechtl. Gesetzbuch von Luzern § 25; Codigo civil von Argentinien Art. 14 Ziff. 4; Chile Art. 119; Ecuador Art. 115; Salvador Art. 121; Uruguay Art. 101 ff.; Venezuela Art. 124 ff.; Mexiko Codigo de extranjeria Art. 33 Ziff. 6; Montenegro, Civilgesetzbuch Art. 788; Japan, Civilgesetzbuch Art. 6; die englische Lord Kingsdown's Act (24 u. 25 Vict. c. 114) u. a. m.[1]).

Der „favor negotii" in unserem Falle rein angewendet würde lauten: „Die Ehefähigkeit bestimmt sich nach Heimath-

1) Diese Citate sind größtentheils der Niemeyer'schen Materialiensammlung entnommen; vergl. daselbst Nr. 176, 188, 192, 232, 241, 274, 278, 280. Siehe auch Meili, Die Kodifikation des internationalen Civil- und Handelsrechts S. 51, 65.

Digitized by Google

recht. Die Ehe bleibt jedoch bestehen, wenn sie auch allein nach dem Recht des Wohnsitzes oder dem des Eheschließungsortes gültig ist." Aehnliches sagt z. B. Art. 54 des schweizerischen Bundesgesetzes vom 24. Dezember 1874, welches der Haager Konferenz vorgeschwebt hat. Das Verweisungsprinzip, rein angewendet, würde lauten: „Die Ehefähigkeit bestimmt sich nach Heimathrecht; verweist jedoch das Heimathrecht auf das des Wohnsitzes oder das des Eheschließungsortes, so sind diese Gesetze anzuwenden." Die Haager Klausel hat, wie gesagt, beide Gedanken kumulirt. Nicht der favor negotii allein und nicht die Verweisung allein begründen ein Abweichen von der Hauptkollisionsregel, wohl aber das Zusammentreffen beider Voraussetzungen.

So hat auch die zweite Kommission unseres bürgerlichen Gesetzbuches bei der Beratung des § 2245 die Sache verstanden. In den Protokollen ist erklärt: „Man war sich bei Annahme dieser Ausnahme bewußt, daß dieselbe auf das abgelehnte Prinzip der Rückverweisung hinausliefe, glaubte jedoch im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe dieselbe machen zu sollen" (Aron a. a. S. 10).

VIII.

Die Haager Klausel entstammt formell der einfachen Rückverweisung und sie ist materiell nichts als eine besonders qualifizirte Rückverweisung.

Sie ist aber auch an und für sich betrachtet theoretisch und praktisch verfehlt. Dies sollte für die prinzipiellen Gegner der Rückverweisung ohne Weiteres feststehen. Denn ein unrichtiges Prinzip kann nicht dadurch richtig werden, daß man es mit einem anderen, sei dies seinerseits richtig oder falsch, zusammenschmiedet. Da jedoch die Klausel die Fürsprache so entschiedener Rückverweisungsgegner wie Lainé und Rie-

Digitized by Google

meyer gefunden hat, ſehen wir im Folgenden von dieſem Zuſammenhang völlig ab.

Die Begründung, welche der Konferenzbericht der Klauſel gegeben hat, iſt oben mitgetheilt. Sie gipfelt in dem Gedanken: „En agissant ainsi, on se conformera à la loi nationale elle-même et on ne peut avoir la prétention de mieux protéger ses nationaux, qu'elle ne le fait elle-même.“ Wir haben oben ausgeführt, daß nach unſerer Ueberzeugung die Kommiſſion bei dieſen Worten nur an die einfache Rückverweiſung gedacht hat, und wir halten deshalb die diesbezüglichen Angriffe Lainé's für durchaus zutreffend. Anderer Anſicht iſt Riemeyer. Er ſieht in den Worten des Berichtes eine durchſchlagende Begründung für die Haager Klauſel zweiter Faſſung, und dies muß auch im Sinne der zweiten Konferenz ſelbſt angenommen werden, da ja nach ihr ein inhaltlicher Unterſchied zwiſchen der erſten und zweiten Faſſung nicht exiſtirt.

Was folgt aber thatſächlich aus jenem Begründungsſatze, ſobald man denſelben nicht für die einfache Rückverweiſung, ſondern für die qualifizirte unſerer Klauſel heranzieht? Doch gerade das Gegentheil deſſen, was man beweiſen will. Wenn wir nicht die Pretenſion haben dürfen, Ausländer beſſer zu ſchützen, als ihr eigener Heimathgeſetzgeber, dann dürfen wir eben nicht eine Ehe für gültig erklären, welche der Heimathgeſetzgeber nicht anerkennt; dann müſſen wir alſo der Verweiſung des Heimathgeſetzgebers gerade in dem Falle folgen, wenn er das Wohnſitzrecht oder das des Eheſchließungsortes heranzieht und bei Anwendung dieſes dritten Rechts ſich die Ungültigkeit der Ehe ergiebt. Es iſt eigen, daß Riemeyer kurz zuvor in anderem Zuſammenhange dieſe Folgerung beinahe ſelbſt ausgeſprochen hat. Er meinte damals (a. a. O. S. 186), es ſei „konſequent, und es liege im Intereſſe der

Digitized by Google

Vermeidung internationaler Konflikte, daß die Eheschließung von keiner Rechtsordnung anerkannt werde, wenn nicht die Staaten sie anerkennen, deren Unterthanenverband durch die Eheschließung alterirt wird."

Beide Einschränkungen des Prinzips aber — Acceptirung der Verweisung des Heimathrechts nur für den Fall, daß daraus die Gültigkeit der Ehe folgt, oder nur für den Fall, daß sich die Ungültigkeit der Ehe ergiebt — sind offenbar in hohem Grade inkonsequent. Ist es „die Respektirung des die Staatsangehörigkeit normirenden fremden Staatswillens als solchen, welche uns zur Zugrundelegung des Heimathrechts veranlaßt", und glauben wir daraus folgern zu müssen, daß wir auch die Kollisionsnorm des Heimathgesetzgebers nicht außer Betracht lassen dürfen, so bleibt es unter allen Umständen irrationell, diese Kollisionsnorm in einem Falle zu berücksichtigen und in dem anderen nicht. Der Uebelstand ist doch genau der nämliche, ob nun unser Richter eine Ehe für ungültig erklärt, welche der Heimathrichter für gültig hält, oder ob umgekehrt unser Richter eine Ehe für gültig erklärt, welche der Heimathrichter nicht anerkennt. Stoßen wir uns in dem einen Falle an der Gesetzeskollision, warum nicht auch in dem anderen? Beugen wir uns dort vor der fremden Kollisionsnorm, warum nicht auch hier? Man antwortet: „Weil wir die Gültigkeit der Ehen begünstigen wollen." Wenn wir das wollen, und es in dem einen Falle thun, auch gegen die Absicht des Heimathgesetzgebers, warum verlangen wir dann in dem anderen Falle dessen Ermächtigung? Wir sitzen deutlich zwischen zwei Stühlen. Wir wollen die Zahl der ungültigen Ehen vermindern, aber ja nicht auf Kosten des Heimathgesetzgebers; und wir wollen die Gesetzeskollisionen vermindern, aber ja nicht auf Kosten der Gültigkeit der Ehen.

Digitized by Google

Man beachte die praktiſchen Ergebniſſe:

1) In England iſt die Ehe mit der Schweſter der verſtorbenen Frau verboten. Die Eheſähigkeit wird in England prinzipiell beurtheilt nach dem Rechte des Eheſchließungsorts, unter gleichzeitiger Heranziehung des Wohnſitzrechts (vergl. Westlake, Private international law, §§ 15 u. 17); jedenfalls nicht nach Heimathrecht.

Es folgt:

Wenn zwei Engländer, Wittwer und Schwägerin, beide in Deutſchland wohnhaft, bei uns heirathen, ſo erklären wir die Ehe für gültig, entſprechend dem Recht des deutſchen Eheſchließungsortes, obgleich ſie nach engliſchem Eherecht ungültig iſt.

2) In Spanien iſt, entſprechend dem kanoniſchen Recht, die Ehe zwiſchen Vetter und Couſine unerlaubt. Die Eheſähigkeit beurtheilt das ſpaniſche Civilgeſetzbuch (Art. 9) nach Heimathrecht.

Es folgt:

Wenn zwei Spanier, Vetter und Couſine, bei uns eine Ehe ſchließen, ſo erklären wir die Ehe für ungültig, obgleich ſie nach dem Rechte des deutſchen Eheſchließungsortes gültig wäre. Materiell liegt der Fall offenbar genau ſo wie der erſte.

3) Im Staate New-York kann ein wegen Ehebruchs Geſchiedener ſich bei Lebzeiten des unſchuldigen Gatten nicht wieder verheirathen. In Pennſylvania exiſtirt kein derartiges Verbot. In den Vereinigten Staaten gilt allgemein der Grundſatz, daß ſich die Eheſähigkeit nach dem Eheſchließungsort richtet. (Vergl. Story, Conflict of laws, § 89, und die in Niemeyer's Materialienſammlung Nr. 226–269 mitgetheilten Geſetzestexte von Arizona, Arkanſas, Californien, Colorado, Dakota, Idaho, Kanſas, Kentucky, Nebraska, New-Mexiko).

Digitized by Google

Es folgt:

a) Wenn ein Angehöriger des Staates New-York, geschiedener Ehebrecher, sich bei Lebzeiten der ersten Ehefrau in Pennsylvania wieder verheirathet, so erklären wir die nach New-Yorker Recht verbotene Ehe für gültig, weil sie am Eheschließungsort erlaubt ist und wir uns nicht mit dem Heimathrichter, welcher auf das Recht des Eheschließungsortes sieht, in Widerspruch setzen wollen.

b) Wenn umgekehrt ein Angehöriger des Staates Pennsylvania unter gleichen Umständen in New-York heirathet, so erklären wir die Ehe abermals für gültig, obschon sie jetzt nach dem Eheschließungsort unerlaubt ist, und deshalb jeder amerikanische Richter die Ehe für ungültig halten muß.

Das sind doch wohl Konsequenzen, welche die von Niemeyer als Folge der einfachen Rückverweisung mit Recht hervorgehobenen praktischen Uebelstände — die „mißliche" und und „dem unbefangenen Rechtsbewußtsein unerklärliche Zwiespältigkeit der Behandlung" — nicht nur wiederholen, sondern in erheblich verstärktem Maße ans Licht treten lassen. Der unbefangene Rechtsverstand dürfte bei solcher, nicht mehr „Zweitheilung", sondern richtiger Viertheilung der Ausländer, beziehungsweise ihrer Rechtsverhältnisse, einfach stillestehen.

IX.

An derartige Resultate hat natürlich die Haager Konferenz nicht gedacht. Aber das war eben der Fehler, daß man sich die Konsequenzen der beliebten Ausnahmebestimmung nicht klar machte. Man denkt an einen Spezialfall. Man stellt dabei allerdings fest, daß die Worte: „si la loi nationale le permet", a fortiori den Fall mitumfassen, „où la loi nationale l'exige" (Beeckman), hält es aber gar nicht für nöthig, letzteren Fall ausdrücklich vorzusehen, da derartige Ge-

Digitized by Google

ſetzesbeſtimmungen, wenn auch nicht unmöglich, ſo doch ſehr unwahrſcheinlich ſeien (Renault). Im Uebrigen iſt ja alle Welt einig über die Tragweite der Ausnahme. Handelt es ſich doch nur um Berückſichtigung des Schweizer Geſetzes von 1874, dem zu Folge von Schweizern im Ausland geſchloſſene Ehen, mögen ſie auch dem Schweizer Eherecht widerſtreiten, doch gültig bleiben, wenn ſie dem Recht des Eheſchließungsortes entſprechen (Roguin)[1]. Das ſcheint ja ſo überaus einfach und natürlich. Sollte man eine ſo humane Anordnung des Heimathgeſetzgebers nicht reſpektiren? Wäre es nicht ein ganz unvernünftiger Exzeß, dem Heimathgeſetzgeber ſein Recht aufzuoktroiren, wenn er ſelbſt, im Intereſſe der Gültigkeit ſeiner Ehen, darauf verzichtet?[2]).

Nein, es wäre durchaus kein unvernünftiger Exzeß, ſo zu handeln, ſondern einfach dira necessitas. Die Erwägungen der Konferenz verfallen in jenen unheilvollen Fehler, ſich an den nothwendigen Härten einer beſtehenden Geſetzeskolliſion zu ſtoßen und ſich einzubilden, man könne dieſelben mit Palliativmittelchen beſeitigen. Es giebt keinen anderen Weg zur Be-

1) Sitzung vom 3. Juli 1894, Actes de la deuxième conférence, S. 43.

2) Bericht der erſten Kommiſſion, Actes de la IIe conférence, S. 47: „(La conférence) a tenu compte de ce fait que certaines législations, dans le but de faciliter le mariage, admettent que leurs nationaux se marient conformément à la loi du pays où ils se trouvent et déclarent qu'elles reconnaîtront la validité du mariage célébré dans ces conditions (Loi fédérale Suisse de 1874, art. 25 et 54). Si donc le mariage de deux Suisses célébré en dehors de la Suisse est conforme à la loi du pays de la célébration, il sera tenu pour valable en Suisse quand même il serait en désaccord avec telle ou telle prescription de la loi intérieure suisse. Est-ce que dans les autres pays, spécialement dans le pays de la célébration, on va contester la validité de ce mariage en se prévalant de la loi nationale des futurs époux? La conférence a pensé .... que ce serait tout à fait excessif."

Digitized by Google

seitigung jener Härten, als die Beseitigung der Gesetzeskollision selbst, durch Schaffung einer gemeinsamen und gleichen Kollisionsnorm. Wenn man der Ansicht war, daß der schweizerische Gesetzgeber Recht hatte, indem er eine Ehe für gültig erklärte, sobald sie dem Heimathrecht oder dem Recht des Eheschließungsortes entspricht, so hatte man einfach ihm zu folgen, und eben dasselbe als Kollisionsnorm festzusetzen. Ist aber das schweizerische Gesetz unvernünftig, so war es erst recht verkehrt, die bessere Kollisionsnorm, daß nur das Heimathrecht maßgebend sein soll, in einzelnen Fällen, einem fehlerhaften Gesetz zu lieb, modifiziren zu wollen.

Wenn verschiedene Nationen in Bezug auf die gleichen Rechtsverhältnisse verschiedene Kollisionsnormen haben, so kann der Zweck einer internationalen Vereinbarung nur der sein, eine Verständigung der Nationen auf eine, die bestbegründete jener Normen, herbeizuführen. Gelingt eine solche Verständigung, so ist die Aufgabe gelöst. Die „ausdrückliche Gesetzeskollision" ist auf dem natürlichen Wege aus der Welt geschafft. Gelingt die Verständigung nicht, so bleiben die unangenehmen Mißklänge bestehen und müssen fortbestehen, solange die Kollisionsnormen verschieden sind. Alle kleinen Konzessionen, welche die bessere Kollisionsnorm inzwischen den schlechterbegründeten zu machen versucht, sind nicht nur theoretisch falsch und praktisch verwirrend, sie sind auch politisch verfehlt. Denn man giebt dadurch denjenigen Ländern, welche die bessere Norm nicht anerkennen, gewissermaßen die internationale Sanktion für ihr falsches System und schiebt die einzig wünschenswerthe und doch nothwendige Einigung viel weiter hinaus, als es bei offener und klarer Anerkennung des Konflikts der Fall gewesen wäre. Vor solchen Kompromissen

Digitized by Google

sollten sich an erster Stelle die Vertreter der internationalen Schule hüten. Konnten sie doch vorher jenen Staaten das verbreitete Argument entgegenhalten: „Was bei Euch als Kollisionsnorm gilt, ist zwar formell Euer positives Recht, aber es ist materiell internationales Unrecht", ein Argument, welches, wenn es auch nach unserem Standpunkt nicht zutreffend ist, immerhin geeignet war, einen Druck auf die Meinungen auszuüben und der besser begründeten Regel mit der Zeit zum Siege und zur einheitlichen Herrschaft zu verhelfen.

In dem Bericht der ersten Konferenz ist gelegentlich gesagt: „(La commission) a essayé de se garantir contre les idées trop absolues et les formules d'une rigueur trop mathématique . . . .; sa préoccupation n' était pas de faire du nouveau, mais de présenter une sorte de synthèse pratique des règles déjà suivies ou proposées sur la matière." Ich glaube, daß die Konferenz in diesem an sich berechtigten Streben mehrfach über das Ziel hinaus geschossen hat. Sie ist verschiedentlich zu einem leisetretenden Eklektizismus gelangt, welcher die betreffenden Einigungen nicht nur werthlos, sondern geradezu schädlich macht. Nicht überall ist es mit der einfachen „synthèse pratique" gethan; in gewissen Fällen genügt es nicht, zusammenzustellen, man muß auswählen und entscheiden. Entgegengesetzt wirkende Kräfte soll man nicht zusammenspannen, wenn man die Absicht hat, vorwärtszukommen.

X.

Der Gebhard'sche Vorentwurf hatte für das bürgerliche Gesetzbuch die Rückverweisung in den Hauptgebieten anerkannt; die erste Kommission hat den Grundsatz gestrichen;

Digitized by Google

die zweite Kommission hat ihn gleichfalls prinzipiell verworfen, in zwei Ausnahmefällen aber, und zwar als Weiterverweisung, zugelassen. Der Bundesrath schließt den Ring: er streicht die Ausnahmen und stellt dafür das Prinzip in der Gebhard'schen Fassung wieder her.

Art. 26 des Einführungsgesetzes lautet nach der Reichstagsvorlage:

„Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze in dem Art. 6 Abs. 1, dem Art. 12 Abs. 1, dem Art. 14 Abs. 2, dem Art. 16 Abs. 1 und dem Art. 24 für maßgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung."

Die angezogenen Artikel betreffen Geschäftsfähigkeit, Eheschließungsfähigkeit, eheliches Güterrecht, Ehescheidung und Erbrecht. Daß hier nicht, wie im Gebhard'schen Entwurf, auch die persönlichen Beziehungen der Ehegatten, die eheliche Abstammung, die Legitimation, das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern, sowie die Vormundschaft mit aufgeführt sind, bedeutet keine materielle Verschiedenheit, sondern liegt an der Fassungsänderung, welche die diesbezüglichen Vorschriften — Art. 13, 17, 18, 21, 22 des Einführungsgesetzes — erlitten haben („erlitten" im eigentlichsten Sinn!). Die Meinung ist offenbar, wie bei Gebhard, die: Bei allen denjenigen Kollisionsnormen, welche die Staatsangehörigkeit zum Anknüpfungsbegriff haben, ist der Rückverweisung stattzugeben [1]).

Die Neuerungen, welche der Bundesrath für das internationale Privatrecht beschlossen hat, sind das Ergebniß kommissarischer Berathungen, die unter Betheiligung des auswärtigen Amts stattfanden. Die Protokolle dieser Berathungen waren

1) Ein Rückverweisungsanklang findet sich noch im Schlußpassus des — gleichfalls erst jetzt aufgetauchten — höchst bedenklichen Satz 2 des Art. 24.

Digitized by Google

uns als „vertraulich“ nicht zugänglich. Die Gründe, welche den Bundesrath zur Wiederherſtellung der — überaus mangelhaft motivirten und ſchon in der erſten Kommiſſion widerlegten — Gebhard'ſchen Beſtimmung veranlaßt haben, ſind uns daher nicht bekannt. Einige der im übrigen beſchloſſenen Aenderungen legen beinahe die Vermuthung nahe, daß man — vielleicht gerade unter dem Einfluß des auswärtigen Amts — in der bei allen bisherigen Verhandlungen mit ſolcher Entſchiedenheit feſtgehaltenen Grundauffaſſung des internationalen Privatrechts etwas wankend geworden ſei. Vielleicht war auch Bar's Standpunkt — welcher die in Rede ſtehende Beſtimmung ausdrücklich gebilligt hat (vergl. Lehrbuch S. 48, Anmerkung 5; Theorie und Praxis Bd. 1 S. 278 ff.) — in letzter Stunde nicht ohne Bedeutung. Es liegt uns durchaus fern, Bar's Autorität auf unſerem Gebiete verkleinern zu wollen; es iſt ſelbſtverſtändlich, daß das einzige ausgeführte deutſche Syſtem des internationalen Privatrechts, das einzige, welches an Umfang und Inhalt mit den reichen Werken der franzöſiſchen, belgiſchen und italieniſchen modernen Literatur in die Schranken treten kann, bei uns an erſter Stelle berückſichtigt wird. Allein die Autorität in Ehren, man ſoll ſich doch auch die Gründe anſehen. Was dem alten Homer manchmal vorzukommen pflegte, kann dem Altmeiſter des deutſchen internationalen Privatrechts auch einmal paſſiren [1]).

XI.

Wir ſind der Meinung, daß die Rückverweiſung ein gefährlicher und erweislicher Grundirrthum iſt, und halten es von dieſem Standpunkt aus ſelbſtredend für dringend geboten, daß Art. 26 des Einführungsgeſetzes wieder geſtrichen werde.

1) Siehe gegen Bar's Ausführungen: Geſetzeskolliſionen S. 34 ff.; Niemeyer, Kodifikation, S. 82 ff.

Digitized by Google

Wenn wir aber zum Schlusse dieses Verlangen nochmals kurz begründen wollen, so sehen wir von der materiellen Seite der Frage vollständig ab. Daß die Forderung gerechtfertigt ist, muß dem unbefangenen Zuschauer, dem Laien selbst einleuchten, wenn er einen Blick wirft auf den äußern Stand der Sache in Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis.

1) Die Gesetzgebung hat die Rückverweisung verschiedentlich in der Schweiz zugelassen, folgend dem Zürcher Gesetzbuch, welches zuerst den Grundsatz sanktionirt hat — nachweisbar auf Grund einer Unklarheit Bluntschli's (vergl. Gesetzeskollisionen S. 57): S. privatrechtliches Gesetzbuch von Zürich §§ 3 und 4; Zug § 2; Schaffhausen § 3; Graubünden § 1 Ziff. 4; schweizerisches Bundesgesetz vom 25. Juni 1891 Art. 28 Ziff. 2; vergl. auch den Berner Entwurf über das Personen- und Handlungsrecht Art. 7 und Käppeli's Civilgesetz-Entwurf für Aargau §§ 21 u. 22 [1]). Sie ist ferner neuerdings anerkannt in dem ungarischen Ehegesetz vom 18. Dez. 1894 § 108 [2]). Alle übrigen Gesetzgebungen, — also sämmtliche inhaltlich hervorragenden und diejenigen sämmtlicher Großstaaten, — alle internationalen Verträge und Entwürfe schweigen über die Frage. Die zweite Haager Konferenz hat, indem sie, wie oben festgestellt, den Ausführungen Lainé's beipflichtete, die Rückverweisung im Prinzip ausdrücklich verworfen.

Ein Irrthum ist es, wenn Neumann (a. a. O. S. 30 und S. 156 Ziff. 38) Art. 8 des Civilgesetzbuchs von Nieder-

1) S. Meili, Kodifikation S. 53, 55, 57, 59, 63, 69; Niemeyer, Materialiensammlung Nr. 205, 213, 255, 275, 284, 480, 493. Das schweizerische Bundesgesetz vom 25. Juni 1891: Vergl. Zeitschrift für internationales Privatrecht Bd. 2 S. 198 ff., 452 ff., 517 ff.

2) S. Zeitschrift für internationales Privatrecht Bd. 5 S. 94 ff.; Jettel, ebenda Bd. 4 S. 113 ff.; Lehr im Journal Bd. 22 S. 756 ff.

Digitized by Google

Canada hier mit hereinziehen will. In dem Satz: „Deeds are construed according to the laws of the country, where they were passed, unless there is some law to the contrary, or the parties have agreed ...“ iſt die hervorgehobene Einſchränkung nicht etwa mit Neumann zu überſetzen: „es ſei denn, daß das dortige Geſetz eine abweichende Beſtimmung enthält“; das würde heißen: „unless there is some law to the contrary in that country“. Die Ausnahme bedeutet vielmehr einfach: „es ſei denn, daß ein Geſetz (das iſt irgend ein Spezialgeſetz) das Gegentheil verfügt (s'il n'y a pas de loi contraire). Solche allerdings überflüſſige Klauſeln ſind in den Kolliſionsnormen durchaus nicht ſelten: vergl. z. B. § 2243 Abſ. 2 und § 2244 i. f. des zweiten Entwurfs; die oben (S. 376) citirte, bei der erſten Kommiſſionsberathung beſchloſſene Faſſung des § 7, welche, wie angegeben, ausdrücklich in dieſem Sinne erläutert wurde; ferner portugieſiſches Civilgeſetzbuch Art. 26; ſerbiſcher Code civil Art. 13; § 7 b des Zürcher Geſetzbuchs von 1854 und § 6 c des Geſetzbuchs von 1887; § 6 des Zuger Geſetzbuchs[1]) u. a. m.

2) Die Wiſſenſchaft. Die Rückverweiſungsfrage hat ſich neuerdings zu einer viel ventilirten Kontroverſe entwickelt. Noch vor 15 Jahren war ſie aber der Theorie ſo gut wie unbekannt. Selbſt das achtbändige Werk Laurent's ſchweigt ſich noch vollſtändig darüber aus (nur eine leiſe Andeutung ſiehe Bd. 1 S. 653 Nr. 441). Erſt ſpäter hat Laurent gelegentlich des Urtheils des Appellhofs Brüſſel vom 14. Mai 1881 in einer Note bei Sirey 81, 4, 41 ff. zur Rückverweiſung (und gegen dieſelbe) das Wort ergriffen. Gleichzeitig (1882) erfolgte eine kurze Aeußerung Brocher's (für

1) Meili, Kodifikation S. 37, 41, 55, 57.

Digitized by Google

die Rückverweisung) im Journal Bd. 8 S. 13 und in seinem Cours de droit internat. privé Bd. 1 S. 167. 1886 erscheint die erste knappe Erörterung, welche die Frage ex professo behandelt: Labbé's Aufsatz im Journal Bd. 12 S. 5 ff. (gegen die Rückverweisung).

Nun mag es sich empfehlen, die Knoten größerer Kontroversen, über welche die Geister lange gekämpft haben, schließlich mit dem Schwert der Gesetzgebung zu durchhauen. Man überblickt den Streitstand nach allen Seiten, und in der Voraussicht, daß viel Neues nach keiner Richtung mehr vorgebracht werden wird, hält man eine endliche Lösung, selbst auf die Gefahr hin, fehl zu greifen, für besser, als die Fortdauer der Ungewißheit. Anders hier, wo es sich um eine ganz junge Streitfrage handelt. Hier sollte man, dächten wir, doch mindestens der Wissenschaft Zeit lassen, ihr ohne Noth das Recht nicht verkümmern, als die zunächst berufene Instanz eine solche Frage zu entscheiden.

Es sieht zudem gar nicht danach aus, als ob man geneigt sei, diese Entscheidung ad Calendas graecas zu vertagen. Wenn man heute die Literatur überblickt, so darf behauptet werden, daß schon jetzt die Wage sich deutlich und bestimmt zu Gunsten der Rückverweisungsgegner gesenkt hat.

In Deutschland können, von Bar abgesehen, die flüchtig hingeworfenen Bemerkungen Jacques' auf dem 18. Deutschen Juristentag (Verhandlungen Bd. 2 S. 135) und Barazetti's (Zeitschrift für internat. Privatrecht Bd. 1 S. 426) nicht ins Gewicht fallen gegenüber den Ausführungen Niemeyer's (Methodik S. 16 ff.; Kodifikation S. 81 ff.), Regelsberger's (Handbuch der Pandekten Bd. 1 S. 164 ff.) und Gierke's (Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 215 ff.).

In der französisch-belgischen Literatur aber, welche ja auf unserem Gebiete — zum Mindesten an Ausdehnung — weit-

Digitized by Google

aus die erſte Stellung einnimmt, iſt uns in jüngſter Zeit keine einzige Stimme bekannt geworden, welche ſich für die Rückverweiſung hätte vernehmen laſſen.

Gegen dieſelbe haben ſich ausgeſprochen — außer den oben und Geſetzeskolliſionen S. 21 citirten Laurent, Labbé und Clunet (letzterer wiederholt: Journal Bd. 20 S. 361 ff. und S. 536) —:

Despagnet, Précis de droit int. pr., Paris 1886, S. 117 Nr. 189 bis;

Lainé a. a. O. S. 247 ff.; und neuerdings ausführlich: Bd. 23 S. 241 ff.;

Pillet, Le droit int. pr., essai d'un système etc., Journal Bd. 21 S. 721 ff.

Tournade, im Journal Bd. 22 S. 484 ff., 488 ff.;

Stocquart, Les lois espagnoles sur le mariage etc., Revue de droit int., Bd. 23 S. 141 (arg. der daſelbſt sub 2 entſchiedenen Frage);

ferner die von Clunet im Journal Bd. 20 S. 361 citirten:

Surville et Arthyus und Chausse.

Gegen die Rückverweiſung iſt auch:

Catellani, Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi, Torino 1883—1888, Bd. 3 S. 694 ff., Nr. 730.

Außerdem: eine Andeutung Arenas' in dem Motivenbericht zu den Beſchlüſſen von Lima, mitgetheilt von Neubauer in Goldſchmidt's Zeitſchrift für das geſammte Handelsrecht Bd. 25 S. 559.

Beſondere Stellungen, welche theilweiſe zur Verwerfung, theilweiſe zur Anerkennung der Rückverweiſung führen, nehmen ein:

Striſower, Die italieniſche Schule des internationalen

Digitized by Google

Privatrechts, Abdruck aus der Wiener Gerichtshalle 1881, S. 11, 13;

Fiore, Diritto internazionale privato, terza edizione (1888 ff.) Bd. 2 Nr. 686;

Schnell a. a. O. S. 343;

Neumann a. a. O. S. 25 ff., S. 30 ff.

Der Standpunkt Fiore's kann nur im Zusammenhang mit der ganzen italienischen Schule erörtert werden. Das wunderliche System Neumann's ist in Strisower's kurzen Bemerkungen (welche Neumann offenbar nicht kannte) in nuce schon vollständig enthalten. Schnell müßte von seinem eigenartigen Standpunkte aus im Resultat die Rückverweisung verwerfen. Da er die Befugniß des Inlandsgesetzgebers, von sich aus den Anwendungskreis ausländischen Rechts zu bestimmen, überhaupt leugnet, müßte er in unserem Falle konsequent sagen: Keines der beiden Rechte will angewendet werden; der Richter ist also zur Ausfüllung der Gesetzeslücke auf die Analogie angewiesen; es können ihm nur „die Grundsätze, die sein eigenes Privatrecht über die räumliche Herrschaft der inländischen Rechtssätze aufstellt, einen Anhaltspunkt gewähren": so ausdrücklich für den entgegengesetzten Fall der aus dem positiven Konflikt hervorgehenden Antinomie (S. 342). Hier aber gelangt Schnell vermittelst einer mehr als anfechtbaren Spezialauslegung „derjenigen Gesetze, die das Personalstatut nach dem Domizil beurtheilen", in einem der Hauptfälle doch zu dem Ergebniß der Rückverweisung (S. 343 Anmerk. 5).

Auf eine genauere Besprechung dieser drei „Systeme" müssen wir hier verzichten. Wir können dies um so eher, als keines derselben als solches in das bürgerliche Gesetzbuch übergegangen ist — wenn auch bedauerlicherweise jedes der-

Digitized by Google

selben wieder in einzelnen Punkten auf die letzte Fassung des Gesetzes von Einfluß gewesen zu sein scheint.

3) Die Praxis. Die bis 1890 ergangenen Entscheidungen der deutschen und ausländischen Gerichte, so weit dieselben zugänglich waren, sind Gesetzeskollisionen S. 10 bis 19 aufgeführt. Damals konnte die Rückverweisungspraxis als die herrschende gelten. Ausdrücklich gegen die Rückverweisung sprach sich nur ein Urtheil des Reichsgerichts aus, auf Grund einer Spezialauslegung und in Aufrechterhaltung mehrfacher entgegengesetzter Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes; alle anderen namhaft zu machenden Erkenntnisse waren für die Rückverweisung. Dabei war allerdings zu berücksichtigen, daß man in der Praxis doch gewöhnlich stillschweigend anders entschied, indem man die Frage überhaupt nicht aufwarf (vgl. Gesetzeskollisionen S. 8 Anm. 1).

Ganz anders stellt sich das Bild heute.

Es scheint, daß gerade in der deutschen Praxis die Rückverweisung nahezu abgethan ist. Insbesondere sind die badische Praxis und das Reichsgericht von ihrer früheren Rechtsprechung vollständig zurückgekommen.

Für die Rückverweisung hat sich noch ausgesprochen:

Das Reichsgericht am 4. Febr. 1892, Zeitschrift für internat. Privatr. Bd. 2 S. 469 ff. (die Entscheidung vom 22. Sept. 1891, Badische Annalen Bd. 58 S. 19 ff. läßt die Frage dahingestellt).

Ferner:

Tribunal civil de Pontoise vom 11. Juli 1894, Journal Bd. 22 S. 105 ff.;

Tribunal civil de la Seine vom 26. Juli 1894, Journal Bd. 21 S. 1007 ff.

Außerdem hat nach Schnell's Angabe (a. a. O. Anm. 5)

Digitized by Google

die bayerische Praxis wiederholt die Rückverweisung angewendet.

Im Prinzip der Rückverweisung zuneigend, aber deren thatsächliche Voraussetzungen nicht für gegeben erachtend:

Cour d'appel de Paris vom 31. Juli 1895, Journal du droit etc., Bd. 23 S. 147.

Gegen die Rückverweisung haben entschieden — zum Theil mit ausführlichen, immer mit kategorischen Begründungen:

Erlaß des badischen Justizministeriums vom 10. Dez. 1890 Nr. 22005, mitgetheilt in den Badischen Annalen, Bd. 57 S. 14;

Landgericht Straßburg vom 13. Juni 1892 und vom 31. Oktbr. 1892, Zeitschrift für internat. Privatr. Bd. 3 S. 416 ff. und S. 520 ff.;

Tribunal civil de la Seine vom 10. Febr. 1893, Journal, Bd. 20, S. 532 ff. (Entgegen den Observations des substitut Vuébat);

Oberlandesgericht Kolmar vom 19. Mai 1893, Zeitschrift für internat. Privatr. Bd. 4 S. 151 ff.;

Schweizerisches Bundesgericht vom 6. April 1894, Zeitschrift für internat. Privatr. Bd. 4 S. 390 ff.;

Reichsgericht vom 24. April 1894, Zeitschrift für internat Privatr. Bd. 5 S. 58 ff.;

Reichsgericht vom 1. Mai 1894, Bolze, Praxis, Bd. 18 Nr. 8.

Die letztgenannten reichsgerichtlichen Erkenntnisse betreffen gerade (ebenso wie der citirte badische Ministerialerlaß) § 2 des sechsten badischen Konstitutionsediktes (Erbfolge) und verwerfen damit — und zwar übereinstimmend mit dem Oberlandesgericht

Digitized by Google

Karlsruhe — die Rückverweisung nach eben demjenigen Gesetzestext, welcher früher als besondere Stütze jenes Grundsatze, hatte gelten sollen (Gesetzeskollisionen, S. 11 ff.).

Gegen die Rückverweisung — ohne genauere Begründung — ist auch das Erkenntnis des Reichsgerichts vom 3. März 1896, Entscheidungen Bd. 36. S. 205 ff.

Durch Vorstehendes ist dargethan, daß die Rückverweisungslehre — wenn wir uns ganz vorsichtig ausdrücken — heutzutage in Gesetzgebung, Theorie und Praxis nicht oder nicht mehr als herrschend anerkannt werden darf. Dieser Beweis ist aber mehr als ausreichend, um die Aufnahme des Grundsatzes in das Gesetzbuch als verwerflich zu kennzeichnen. Denn wer die Aufnahme des Prinzips verlangt, muß dessen Richtigkeit belegen; um die Weglassung zu begründen, genügt ein „non liquet". Der ausdrückliche Spruch des Gesetzgebers präjudizirt, sein Schweigen bleibt indifferent. Man hat die Rückverweisung in Deutschland, Frankreich, Belgien, England angewendet, ohne daß ein Gesetz dafür vorhanden war. Man wird es unter derselben Voraussetzung auch in Zukunft thun, wenn man es für richtig hält. Die Streichung unseres Artikels 26 ist also unschädlich selbst dann, wenn sein Inhalt zu billigen wäre.

Ganz anders im entgegengesetzten Falle.

Wird der unglückliche Artikel Gesetz, und ist die Rückverweisung — entsprechend der heute schon herrschenden Meinung — ein grober fundamentaler Fehler, so hat der deutsche Gesetzgeber die Begehung dieses Fehlers der deutschen Praxis unabweislich zur Pflicht gemacht; noch mehr: er hat durch die darin enthaltene grundsätzliche Verkehrtheit der deutschen Jurisprudenz ein Bleigewicht angeschmiedet, welches sie — selbst außerhalb des Bannkreises der expressa

Digitized by Google

verba magistri — auf Schritt und Tritt hemmen muß [1]), ſollte auch binnen kurzem alle Welt darüber einig ſein, daß die Rückverweiſung eine jener Irrlehren war, welche eine Spanne Zeit hindurch die Köpfe verwirren, um ſodann für immer in den Strudel der Vergeſſenheit unterzutauchen.

1) Lainé meint in ſeinem ſoeben erſcheinenden Aufſatz (Journal Bd. 23 S. 241 ff.), wenn man bei der Rückverweiſungspraxis ſtehen bleibe, „le progrès du droit international privé, devenu si rapide en ces derniers temps, ne tardera pas à en être gravement compromis.“ Die Frage hätte niemals aufgeworfen werden ſollen. Nachdem ſie aber einmal geſtellt ſei „c'est elle qui prime toutes les autres.“

Digitized by Google

VII.

Zur Lehre von den Sammelgeschäften.

Von Dr. **Hermann Isay**, Referendar in Trier.

Unter „Sammelgeschäften" verstehen die nachstehenden Ausführungen mit Bekker[1]) alle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche dazu bestimmt sind, Sammelvermögen bilden zu helfen d. h. Vermögen, die auf dem Wege öffentlicher Beiträge entstehen.

Diese Sammelgeschäfte und ihr Produkt, nicht erst eine Bildung modernsten Verkehres, sind auf ihre rechtliche Natur bisher nur fragmentarisch untersucht[2]). Auch die Gerichte haben bislang kaum Veranlassung gehabt, sich mit ihrem Wesen eingehender zu befassen.

I. Die betheiligten Personen.

1. Die Spender.

a) Ihre Beziehungen unter einander.

Regelmäßig wird ein besonderes juristisches Band zwischen den einzelnen Spendern[3]) von vornherein nicht vorhanden

1) Pandekten, II S. 283 ff.

2) Die Literatur zusammengestellt bei Regelsberger, Pandekten, I S. 342.

3) Ich wähle diesen juristisch farblosen Ausdruck statt des von Anderen gebrauchten „Geber", weil der Beitrag nicht nur durch Geben, dare, geleistet werden kann.

Digitized by Google

sein. Denn wenn auch oft der Umstand, daß A gegeben hat, auf den Entschluß des B, nun auch seinerseits zu geben, nicht ohne motivirenden Einfluß ist, so gewinnt dennoch dieses Verhältniß des A zu B keinerlei rechtlich interessirende Gestaltung. Und zwar selbst in dem Falle nicht, wo die Mehreren sich etwa verabredet hätten, zu einem bestimmten Zwecke beizusteuern. Kommt hier A der übernommenen Verpflichtung nicht nach, so mag dies Verhalten vor dem Forum des Anstandes seine Verurtheilung finden; dem Recht erscheint die Verabredung zwischen A und B lediglich als Motiv für die Gabe des B. Dem Letzteren ein Mittel an die Hand zu geben, den A zu der Erfüllung jener Anstandspflicht zu zwingen oder etwa seine Gabe zurückzuverlangen, hat es, allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach [1]), keine Veranlassung.

Es könnte sich also nur fragen, ob nicht etwa gerade durch die Gabe die Spender in irgend eine rechtliche Verbindung mit einander treten.

An eine organisirte oder auch nur organisirbare Vereinigung hier zu denken, geht offenbar nicht an. Es fehlt jeder Anhalt dazu.

Nicht nur, daß der einzelne Spender sein Interesse an der Angelegenheit durchschnittlich meist mit dem Moment der Spendung erschöpft hat, und daß also von einer Absicht seinerseits, mit und durch die Gabe Glied eines größeren Ganzen zu werden, schlechterdings nicht gesprochen werden kann — so ist auch nicht abzusehen, in welcher Weise dieses Ganze, das aus so ganz heterogenen Elementen [2]) bestände, sich organisiren

1) L. 52 D. de cond. ind. (12, 6).

2) Zu einer großen Zahl von Sammlungen haben pauperum tabernae regumque turres beigesteuert; man denke an das Nationalgeschenk an Bismarck.

Digitized by Google

sollte, ja, es ist überhaupt nicht zu ermessen, welchen Zweck eine derartige Verbindung hätte.

Näher läge schon der Gedanke an eine communio unter den Spendern. Aber auch er kann keinen Raum finden. Denn auch dieser Gestaltung der Dinge fehlt — da eine nothwendige communio ausgeschlossen ist — ein wesentliches Erforderniß, die dahin gehende Parteiabsicht.

Und so wird denn in dieser Hinsicht festzuhalten sein, daß die einzelnen Spender unter einander durch kein rechtliches Band irgendwelcher Art verknüpft werden.

Es ist daher auch keine Vertretung der Spender als solcher möglich, welche dieselben nach außen als Einheit repräsentirte, keine Generalversammlung, die event. als Organ der Spender zu gelten hätte, nicht die Wahl eines Vorstandes, der ihre Interessen zu vertreten befugt wäre. Würde selbst ein solcher wirklich gewählt, so wäre es doch immer nur die Summe sämmtlicher Einzelinteressen, die er verträte, und nicht ein Kollektivinteresse. Eine eventuelle Klage hätte daher auch in diesem Falle die Namen sämmtlicher Spender als Kläger im Rubrum zu tragen.

b) Ihre Beziehungen zu den Destinatären.

Wer Destinatär einer Sammlung ist, kann nach den einzelnen Fällen verschieden sein. Und zwar lassen sich hier drei Kategorien [1]) von Destinatären unterscheiden, je nachdem die Sammlung veranstaltet wird

1) zu Gunsten einzelner individuell bestimmter Personen, oder
2) zu Gunsten „eines durch ein gemeinsames Schicksal begrenzten Personenkreises",
3) zu Gunsten eines öffentlich interessirenden allgemeinen Zweckes.

1) Bekker a. a. O.

Digitized by Google

Es fragt sich, ob diese jeweilige Verschiedenheit des Zweckes eine völlig andere Konstruktion der juristischen Natur des betreffenden Sammelgeschäftes bedingt.

Man wird die Frage m. E. verneinen müssen.

Denn ob das Geld, welches der Spender giebt, der armen Familie X oder den Opfern eines Erdbebens oder endlich einem Kirchenbau zu Gute kommen soll — auf die juristische Färbung der Parteiabsicht hat dies keinen Einfluß. Was für einen animus man auch immer annehmen mag — derselbe wird jedenfalls in dem Falle zu 1. kein anderer sein, als im Falle zu 2.

Zweifeln könnte man bei Fall 3, und Bekker scheint dies auch gethan zu haben. Er bemerkt[1]), daß „die Produkte der Geschäfte zu γ (— dem dritten Falle —) den sog. juristischen Personen meist näher kommen werden, als die der anderen".

Die Frage, ob wir es hier mit juristischen Personen als Produkten der Sammelgeschäfte zu thun haben, wird uns erst später beschäftigen. Aber angenommen, es läge im Falle zu 3 eine solche vor, so ist durchaus nicht einzusehen, weshalb nicht wenigstens das Produkt des Falles zu 2. ebenfalls einer solchen „nahe kommen" könnte.

Jedoch selbst hiervon abgesehen, kann der Umstand, wie das „Produkt" des Geschäftes juristisch zu konstruiren ist, auf die Absicht des Spenders und somit auf die Natur des Geschäftes als solchen sicherlich nicht rückwirkend influiren.

Ein prinzipieller Unterschied der Parteiabsicht zwischen Fall 1 und 2, wie zwischen Fall 2 und 3 ist also m. E. nicht anzunehmen. Daß Fall 1 und 3 sich oberflächlich wenig ähneln, mag zugegeben sein; eine innere Verschiedenheit daraus

1) a. a. O. S. 283.

Digitized by Google

allein herzuleiten, erscheint aber nicht geboten, wie sie andererseits in Anbetracht des verbindenden Mittelgliedes, des Falles 2, als nach logischen Grundsätzen ausgeschlossen erscheint.

Wenn wir nun in allen diesen Fällen die Homogenität der Parteiabsicht festhalten, so gelangen wir zu der Frage: Als was qualifizirt sich diese Parteiabsicht? Wie verhalten sich Spender und Destinatäre zu einander?

Bekker hat darauf die Antwort gegeben: „wie Schenker und Beschenkte etwa."

„Etwa", das heißt mit anderen Worten: nicht, wie Schenker und Beschenkte.

Und in der That dürfte auch von einem Verhältnisse wie zwischen Schenkern und Beschenkten hier nicht die Rede sein.

Im Falle zu 1. könnte es noch allenfalls plausibel erscheinen; obwohl auch hier, falls wir Konsequenzen daraus ziehen wollten, sich Unzuträglichkeiten bemerkbar machen würden.

Ob z. B., falls später der arme blinde Familienvater Z, zu dessen Gunsten A zu der von B veranstalteten Kollekte beisteuerte, sich eines Undanks gegen A schuldig macht, nun A propter ingratitudinem widerrufen könnte, scheint mir sehr zweifelhaft.

In den Fällen zu 2. und noch mehr zu 3. tritt aber vollends das Unzutreffende dieser Anschauungsweise zu Tage.

Wenn zu Gunsten der Ueberschwemmten am Niederrhein gesammelt wird, wer ist da der Beschenkte? Die Ueberschwemmten? Bilden diese vielleicht eine juristische Person? Oder sind sie pro rata beschenkt?

Für das Erstere bietet sich nicht der geringste Anhaltspunkt. Das Letztere aber ist einfach undenkbar. Man vergegenwärtige sich 652 Ueberschwemmte; steuert nun eine arme Frau 10 Pf. bei, so beschenkte sie nach jener Auffassung jeden mit 0,015 303 Pf. Es wäre somit für jeden einzelnen Spender

Digitized by Google

erst eine mehr oder minder umständliche Rechnung nöthig, bevor er den konkreten animus donandi zu fassen vermöchte.

Und weiter! Eine Gabe im Betrage von mehr als 4666 M. und 66 Pf. müßte gerichtlich insinuirt werden [1]). Wie sollte es beurtheilt werden, ob dieser Betrag erreicht ist? Dürfte man auf die Gabe im Ganzen sehen; oder müßte der Theil, der auf jeden Einzelnen der Bedachten fiele, als maßgebend erscheinen?

Kurz, diese Schwierigkeiten, die zu wahren Haarspaltereien führen würden, zeigen deutlich, daß von einem Verhältnisse wie zwischen Schenker und Beschenkten hier nicht gesprochen werden kann.

Daß dies in Fällen der dritten Art erst recht nicht am Platze ist, lehrt schon die erste Ueberlegung. —

Man wird hier von dem Gesichtspunkt ausgehen müssen, daß es sich hier um Aufgaben öffentlichen Charakters handelt, deren Lösung jedoch nicht der Staat sondern die freiwillige Thätigkeit Einzelner im Dienste der Gesellschaft in die Hand nimmt.

Welcher der oben angeführten drei Kategorien diese Aufgabe im besonderen Falle angehört, darf für die rechtliche Beurtheilung jener Thätigkeit außer Ansatz bleiben.

Für den Spender bildet die individuelle Gestaltung des konkreten Zweckes nichts weiter als ein Motiv seines Handelns.

In eine rechtliche Beziehung zu den Objekten dieses Zweckes tritt der Geber aber damit an sich noch nicht.

Es ist allerdings nicht durchweg ausgeschlossen, daß eine solche Beziehung wirklich hergestellt wird. Und namentlich in den Fällen zu 1. ist eine Beziehung, wie Bekker sie sich generell gedacht hat, sehr wohl möglich. Es könnte z. B.

1) Weiteres über diese Frage vergl. unten S. 421, 448 fg.

Digitized by Google

vorkommen, daß A, der in der Zeitung den Aufruf zu Gunsten des armen Invaliden C, seines alten Kriegskameraden, liest, dem Sammler B eine Summe übermittelt, mit der Bitte, sie dem C in seinem Namen zu überreichen.

Hier liegt selbstverständlich das Verhältniß eines Schenkers zum Beschenkten vor. Aber diese Fälle bilden eine (der Erfahrung nach sogar seltene) Ausnahme. Schon aus Zartgefühl wird der Spender dem Bedachten seinen Namen zu verheimlichen suchen; und in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sind sich Spender und Empfänger sogar persönlich vollkommen unbekannt.

Es muß mithin festgehalten werden, daß ein rechtlich relevantes Verhältniß zwischen Spendern und Destinatären durch die Gabe durchaus nicht hergestellt wird, ja, meist gar nicht hergestellt werden kann.

2. Die Sammler, insbesondere das Komitee.

a) Interne Beziehungen.

α) Die Stellung der Mitglieder unter einander.

Die Art und Weise, wie Sammlungen veranstaltet werden, ist stereotyp die folgende:

Einer oder mehrere Personen veröffentlichen einen Aufruf zu Beiträgen für einen angegebenen Zweck d. h. eine Aufforderung, Vermögenswerthe für diesen Zweck ihnen zu übergeben.

Diese Aufforderung wendet sich gewöhnlich an das große Publikum; sie kann aber auch inter praesentes an Einzelne gerichtet sein; oft geht beides Hand in Hand.

„Sammler" im Sinne nachstehender Darlegung ist hierbei aber nur derjenige, der im eigenen Namen handelt.

Diejenigen, die im Namen dieser Letzteren Beiträge von

Digitized by Google

Haus zu Haus einsammeln, sind lediglich Gehülfen, auf deren Thätigkeit die Grundsätze des Mandates oder je nachdem der locatio conductio Anwendung finden.

Bei Betrachtung der Rechtsverhältnisse nun im angegebenen Sinne scheidet von vornherein der Fall aus, daß Einzelne, ohne von einander zu wissen, jeder eine Sammlung zum gleichen Zwecke veranstaltet. Eine rechtliche Verbindung wird unter ihnen dadurch nicht hergestellt.

Dagegen kommt es oft vor, und zwar meist bei Sammlungen größeren Umfanges, daß sich mehrere zu einem „Komitee" konstituiren mit Vorsitzendem, Schriftführer und Schatzmeister. Dieselben handeln alsdann nach gemeinsam gefaßtem Plane unter mehr oder minder durchgeführter Arbeitstheilung, sie treten nach außen als Einheit auf, wie sie auch nach innen eine körperschaftlich organisirte Einheit darzustellen versuchen [1]).

Unter welche juristische Kategorie diese Bildung aber fällt, ist nicht leicht zu sagen.

Eine societas im Sinne des römischen Privatrechtes anzunehmen, dürfte nicht angehen [2]).

Denn das römische Recht hat seinen Begriff der Societät überall unter dem Gesichtspunkte gemeinsamer Förderung von Eigeninteressen (egoistischen Interessen) gefaßt und ausgebaut, während die Gemeinschaft der Sammler ihre Entstehung den

1) So auch Puchta, Ueber Sammlungen zu öffentl. Zwecken, in Hinschius' Zeitschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 2 S. 477, in allerdings nicht ganz klarer Formulirung. „Sie treten weder unter sich noch in ihrer Wirksamkeit nach außen als einzelne Personen, sondern als Personenverein, als corpus, auf" ..... „Es ist ein Verein dessen innere Verfassung der einer Korporation nachgebildet ist, welcher nach außen d. h. Dritten gegenüber nur in seinen Mitgliedern als Einzelnen in Betracht kommt."

2) Ebenso Bekker a. a. O. S. 283.

altruistischen Interessen [1]) derselben verdankt. Und so ist denn kein Grundsatz der römischen Societät hier am Platze.

Da die Betheiligung an einem solchen Sammelgeschäfte lediglich auf dem guten Willen beruht, so muß ein Zwang zum Beitritt gegen ein in Erfüllung seines Versprechens etwa säumiges Komiteemitglied ausgeschlossen bleiben.

Auch die Regeln von der Haftung der Gesellschafter sind hier gleicherweise unanwendbar. Daß ein Schade, den ein Socius durch culpa in concreto der Erreichung des gemeinsamen Zweckes zugefügt hat, von den anderen Socii klageweise geltend zu machen wäre, ist m. E. unmöglich.

Man nehme einen beliebigen Fall: Es hat eine Ueberschwemmung stattgefunden; schnelle Hülfe thut Noth. Es bildet sich ein Komitee, und A wird zum Schriftführer ernannt. Als solcher hat er die Aufrufe um Spenden in möglichst viele Zeitungen einzurücken. Er versäumt dies fahrlässig. Sollen jetzt die Anderen ihn auf Schadensersatz belangen können? Und auf Ersatz welchen Schadens? Desjenigen, den sie selbst

1) Näheres über den Unterschied in meiner Dissertation „Der conc. duar. caus. luer.", Straßburg 1895, S. 78 ff., 88.

Den Standpunkt des Textes vertritt jedenfalls auch Pucht a (a. a. O. S. 477), wenn er das Vorliegen einer Societät deshalb verneint, „weil die Gemeinschaft nicht das eigene Vermögen der Gesellschafter zum Gegenstande hat". Denn sonst könnte seine Begründung nur entweder heißen, das Sammelprodukt gehöre nicht in das eigene Vermögen der Gesellschafter — und das widerspräche seinen späteren Ausführungen — oder sie beriefe sich darauf, daß die Gesellschafter keine Einlagen in die Gesellschaft machten. Daß dieser Grund nicht stichhaltig wäre, scheint mir fraglos. Ich wüßte nicht, was im Wege stehen sollte, eine Gesellschaft auch dann anzunehmen, wenn die Gesellschafter sich nur mit persönlichen Diensten betheiligen. Der moderne Verkehr hat verschiedene derartige Gesellschaften hervorgebracht. Ein geradezu klassisches Beispiel ist die Verbindung mehrerer Schriftsteller zur Abfassung eines gemeinschaftlichen Theaterstückes, die Verbindung eines Architekten mit einem Bildhauer zur Konkurrenz bei Preisausschreiben für Denkmäler u. dergl.

Digitized by Google

erlitten haben? Der ist rein Gemüthssache; sie haben nicht die Befriedigung gehabt, rasch helfen zu können [1]). Oder etwa auf Ersatz des Schadens, den die Ueberschwemmten erlitten haben? Der ist nun allerdings materieller Natur, aber diese Schadensersatzpflicht zu konstruiren, wäre — von allen anderen Bedenken abgesehen — juristisch einfach ein Ding der Unmöglichkeit.

Diese Bedenken möchte ich doch für durchschlagend halten, wenn ich mich damit auch genöthigt sehe, Ihering, dem Meister in der Kunst, neue Erscheinungen des Verkehrslebens juristisch zu fassen, gegenüberzutreten.

Ihering [2]) hat nämlich die Ansicht vertreten, die Komiteemitglieder könnten in einem Societätsverhältnisse stehen, sie brauchten es aber nicht.

„Ersteres ist der Fall, wenn mehrere Mitglieder sich unter einander zu gewissen Leistungen, seien sie ökonomischer oder persönlicher Art, rechtlich verpflichtet haben. Wo dies nicht geschehen, ist das Verhältniß lediglich faktischer Art, ganz so, wie die Verabredung Mehrerer zu einem gemeinsamen Spaziergang oder zu dem Besuch eines Theaters."

Ich gestehe, daß es mir dunkel ist, wie dies Kriterium der „rechtlichen" Verpflichtung, das die ersteren Fälle von den letzteren unterscheidet, erkannt werden mag.

Der Thatbestand wird wohl bei fast allen derartigen Gelegenheiten der nämliche sein.

Eine Anzahl Leute kommt aus einem besonderen Anlaß, einer Ueberschwemmung, einem Jubiläum oder dergl. zu-

1) Selbst die französische Praxis, die den art. 1382 c. c. auf den dommage moral ausdehnt, würde hier wohl vor einer Verurtheilung zurückschrecken.

2) Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn in diesen Jahrbüchern, Bd. 18 S. 22.

sammen, konstituirt sich als Komitee und vertheilt die Rollen unter sich. Einzelne oder alle machen sich anheischig, Gaben zu dem bestimmten Zwecke entgegenzunehmen.

Woran soll man nun da unterscheiden können, ob diese Verpflichtung eine „rechtliche" ist oder nicht. Denn gerade das steht ja eben zur Untersuchung.

Und daß diese Verpflichtung, *wenn* sie eine rechtliche ist, jedenfalls keine Societät begründet, das möchte ich aus den bereits angeführten Gründen auch gegen *Ihering* festhalten.

Es fragt sich nun: Ist das Komitee denn eine Korporation? Auch bei der Beantwortung dieser Frage müssen wir vor allem festhalten: das Komitee ist nicht zusammengetreten, um ein Vermögen *für sich* zu erwerben d. h. ein Vermögen, welches zwar einerseits den egoistischen Interessen der Komiteemitglieder dienen sollte, andererseits aber nicht nur den Interessen der gerade im Augenblick der Gründung vorhandenen Mitglieder sondern einer prinzipiell zeitlich und numerisch unbegrenzten Anzahl von Mitgliedern. Vielmehr sind es, wie gesagt, altruistische Interessen, die den Inhalt der Thätigkeit des Komitees bilden, die daher, wie sie der Annahme einer societas widersprachen, so auch der einer Korporation widersprechen.

Beide Rechtsgebilde haben das gemeinsam, daß sie *vermögensrechtliche Eigeninteressen*, wenn auch nicht als Zweck, so doch wenigstens als Grundlage erfordern.

Wo diese nicht vorhanden sind, da ist für Privatrechtsgebilde kein Raum. Hat doch z. B. auch auf die Frage nach der rechtlichen Gestaltung einer Gesellschaft von Leuten, die sich verabreden, täglich zusammen auf Spaziergängen soziale Probleme zu diskutiren, das Privatrecht keine Antwort. Und deshalb hat es auch keine auf die Frage nach der rechtlichen Beziehung der Komiteemitglieder zu einander.

Digitized by Google

β) Die Stellung der Sammler zu den Spendern.

Die Frage nach der Beziehung, in welche der Spender zu dem Sammler tritt, ist für unsere Untersuchung wie die schwierigste, so auch die entscheidendste.

Schwierig insofern, als es bisher an Anlässen gefehlt hat, um größere Klarheit in das Wesen jenes Verhältnisses zu bringen, und als der konkreten Gestaltung desselben im Einzelfalle die persönliche Beziehung zwischen Spender und Sammler oft genug ihren Stempel aufgedrückt haben mag.

Entscheidend insofern, als von der Beantwortung dieser Frage die Erkenntniß abhängen wird, ob wir in den Produkten der Sammelgeschäfte wirklich eigenartige juristische Gebilde oder lediglich eine Summe privater Beziehungen zwischen Sammlern und Spendern zu betrachten haben.

Die l. 36 pr. C. de don. (8, 53), die in die hier behandelte Erörterung einschlägt, hat unsere Frage angeschnitten:

Si quis pro redemptione captivorum pecunias dederit sive per cautionem dare promiserit cuiuscunque quantitatis, cognoscat, se neque repetitionem habere neque exactionem cautionis posse declinare, utpote gestis, sicut in donationibus, non subsecutis super insinuatione eius dem quantitatis; eo videlicet, qui pecunias accepit vel prima vice vel post cautionem, necessitatem habente piissimam administrationem adimplere, nulla ei molestia vel inquietudine inferenda vel ab eo, qui pecunias praebuit vel ab aliis ex auctoritate legum permissis hoc requirere, sed tantummodo sacramentum praestare, quod revera omnem quantitatem sine dolo vel aliqua deminutione ad redemptionem dederit captivorum.

Digitized by Google

Die Stelle handelt nur von einem einzelnen Spender, für die juristische Beurtheilung macht es aber natürlich nichts aus, ob es sich um einen oder um mehrere solche handelt.

Die juristische Fassung ist, wie in vielen Konstitutionen Justinians, durchaus nicht so präzis, wie es im Interesse endgültiger Regelung einer Rechtsfrage läge; vielleicht nicht zum Unsegen wissenschaftlicher Forschung und der Freiheit des Wandels rechtlicher Anschauungen.

Aus der Stelle geht aber zweierlei klar hervor:

1) daß das Gegebene aus dem Vermögen des Spenders vollständig ausgeschieden ist, so daß er über dasselbe keine Verfügungsmacht mehr hat, und
2) daß der Sammler zu sorgfältiger Verwaltung des Beitrages, sowie zu dessen bestimmungsgemäßer Verwendung gehalten ist.

Wem? das hat Justinian unentschieden und damit eigentlich die Hauptschwierigkeit unserer Untersuchung ungelöst gelassen.

Indessen man könnte in der Stelle dennoch vielleicht eine Antwort auf diese Frage zu finden geneigt sein.

Die Konstitution steht im Titel de donationibus; und so könnte man schließen, der Gesetzgeber habe derartige Sammelgeschäfte als Schenkungen betrachtet wissen wollen.

Und in der That ist die Frage angeregt worden [1]), ob hier nicht eine donatio sub modo an den Sammler vorliege, wobei der modus darin bestände, daß der Sammler das Geschenk nach gewisser Zeit an die Destinatäre weitergebe.

Allein diese Auffassung hat mit Recht keinen Vertheidiger gefunden. Zunächst geht schon aus der Stelle selbst hervor, daß sie eine eigentliche Schenkung in diesen Beiträgen zu wohlthätigen Zwecken nicht erblickt hat.

---

1) Puchta a. a. O. S. 476.

Digitized by Google

„Der Geber", sagt Justinian, „soll sich nicht darauf berufen dürfen, daß eine Insinuation sicut in donationibus nicht stattgefunden habe."

Sicut! Nur zum Vergleich also wird die Schenkung herangezogen. —

Das Argument, das von anderer Seite [1]) gegen die Annahme einer donatio sub modo angeführt ist, möchte ich nicht für beweisend halten. Es müsse nämlich von einer donatio sub modo deshalb abgesehen werden, weil der Empfänger das Empfangene ja ohne Abzug verwenden solle, also keinen Vortheil davon habe.

Nun braucht das aber durchaus nicht der Fall zu sein Wenn auch der Sammler das Empfangene nach einiger Zeit ohne Abzug verwenden muß, so könnte er doch in der Zwischenzeit den Genuß des Gegebenen haben, so daß er also in der That einen Vortheil hätte.

Entscheidend scheint mir vielmehr die Absicht der Parteien. Die aber geht ganz unzweifelhaft nicht dahin, den Sammler zu beschenken resp. beschenkt zu werden. Zwischen Geber und Sammler ist von einem animus donandi resp. donationem accipiendi auch nicht entfernt die Rede. Die Konstruktion ihres Verhältnisses als donatio sub modo findet in dem Thatbestande keinen Anhaltspunkt.

Daß etwas Aehnliches dennoch Justinian vorgeschwebt hat, möchte ich nach der ganzen Fassung und Stellung seiner Konstitution nicht bestreiten. Indessen diese Frage ist lediglich eine solche der Konstruktion. Die Konstruktion aber ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers sondern der Wissenschaft.

Wir müssen also die Annahme einer Schenkung sub modo entschieden zurückweisen.

Puchta [2]) hat nun weiterhin die Frage aufgeworfen,

1) Puchta a. a. O. S. 476.
2) a. a. O.

Digitized by Google

ob man nicht einen sog. unbenannten Kontrakt do ut facias als dem Verhältniß zwischen Geber und Sammler zu Grunde liegend ansehen könne.

Allein er hat diese Auffassung selbst abgelehnt. Denn von dare und facere im Verhältniß von Leistung und Gegenleistung kann hier nicht geredet werden.

Auch an ein Depositum, das der Geber etwa mit dem Sammler abschlösse, darf nicht gedacht werden, da der Erstere schon sofort nicht die Absicht hat, das Gegebene zurückzufordern.

„Es bleibt daher", meint Pucha, „nur übrig, das Rechtsverhältniß als Mandat aufzufassen."

Eine Auffassung, in welcher ihm Bekker[1]) gefolgt ist.

Indes eine genaue Prüfung lehrt, daß in unserer Frage von einem Mandate schlechterdings nicht gesprochen werden kann.

Zunächst fehlt das zu vertretende Subjekt.

Die Spender bilden, wie bereits dargelegt, keine Einheit, die als solche als Mandant angesehen werden könnte.

Wollte man aber sich vorstellen, daß die Sammler jeden einzelnen Spender vertreten, so entspräche diese Vorstellung ganz sicherlich nicht der Sachlage. Weder will der Einzelne vertreten werden, noch haben die Sammler den Vertretungswillen in Bezug auf jeden Einzelnen.

Das Letztere wäre auch einfach ein Ding der Unmöglichkeit. Man denke sich, das Komitee habe eine Summe von 200 000 M. zur Ausführung eines geplanten Denkmals zusammengebracht und beauftrage jetzt einen Bildhauer mit der Ausführung. Wie ist es da möglich, daß es bei dem Abschlusse des Vertrages das Dienstmädchen A zum Betrage von

1) a. a. O. S. 283: „Geber und Sammler stehen zu einander wie Mandanten und Mandatare."

Digitized by Google

20 Pf., den Quartaner B zum Betrage von 50 Pf., den Studenten C zum Betrage von 2 M., den Lieutenant D zum Betrage von 5 M., die Firma E & Co. zum Betrage von 500 M. u. s. f. vertritt?

Und dieselben Schwierigkeiten ergeben sich bezüglich der Person des Mandatars, wie noch auszuführen sein wird.

So wenig also die Voraussetzungen des Mandates zutreffen, so wenig sind seine Regeln am Platze.

Denn danach müßte, wenn einer der vielen Tausende, welche Beiträge gespendet haben, vor der Ausführung des Denkmales stürbe oder geschäftsunfähig würde, das Mandat erlöschen, und seine Erben oder sein Vormund hätten das Recht, die geleisteten Beiträge zu kondiziren.

Ja, den Spendern selbst müßte man danach das Recht zugestehen, dieselben beliebig zurückzuverlangen, indem sie das Mandat widerriefen. Es müßte ferner, wenn ein Komiteemitglied stirbt, geschäftsunfähig würde oder durch sein Ausscheiden aus dem Komitee das Mandat kündigte, das letztere hinfällig werden und die von ihm gesammelten Beiträge zurückzugewähren sein.

Alles das sind Konsequenzen, die ganz entschieden die Parteiabsicht nicht treffen.

Die Auffassung, es liege hier ein Mandatsverhältniß vor, muß somit durchaus fallen gelassen werden.

Indessen Puchta hat dieselbe dennoch zu retten und sich mit den Gründen, die so entschieden die Mandatsnatur des Verhältnisses auszuschließen scheinen, abzufinden gesucht.

Er giebt zu[1]), daß allerdings kein reines Mandat vorliege, sondern „daß auch hier einige Modifikationen eintreten, welche sich aus der Natur des Geschäfts ergeben".

1) a. a. O. S. 478, 479.

Digitized by Google

Als solche sich aus der Natur des Geschäfts ergebende bloße Modifikation betrachtet er den Umstand, „daß die Geber ihr Eigenthum an den geleisteten Beiträgen vollständig aufgegeben haben, und daß letztere, nachdem sie als ein dem Zwecke der Sammlung unwiderruflich einverleibter Fonds in das Vermögen der Komiteemitglieder übergegangen sind, niemals wieder ausgeschieden oder zurückgegeben werden können".

Abgesehen zunächst von der erst später zu erörternden Frage, ob wirklich die Beiträge in das Vermögen der Komiteemitglieder übergegangen sind, wäre es doch schon für die Annahme eines Mandatsverhältnisses mindestens bedenklich, wenn der Mandant dasjenige, worauf sich der Auftrag bezieht d. h. woran er vollzogen werden soll, in das Vermögen des Mandatars gelangen läßt.

Was die Unwiderruflichkeit dieser Gabe angeht, zufolge deren sie „niemals wieder ausgeschieden oder zurückgegeben werden kann", so folgt dieselbe allerdings auch m. E. aus der Natur des Geschäfts. Daß aber die Spender auf einen Widerruf des Auftrages verzichtet haben, wie Pucha meint, qualifizirt sich doch lediglich als Fiktion.

Als weitere Modifikation betrachtet Pucha den Umstand, „daß die actio mandati wesentlichen Beschränkungen unterliegt und die Sammler hinsichtlich der ihnen übertragenen Geschäftsbesorgung mehr eine moralische als juristische Verantwortlichkeit übernehmen".

Ob aber ein derartig zugestutztes und modifizirtes Mandat, von dessen Regeln kaum eine einzige stehen geblieben ist, überhaupt noch diesen Namen verdient, dürfte billig zu bezweifeln sein.

Und zwar selbst dann, wenn auch nicht, wie oben dargelegt, die Sachlage der Annahme eines Mandates so entschieden widerstritte, als dies in der That der Fall ist.

Digitized by Google

Denn es fehlt den Spendern gegenüber vor allem, wie schon kurz erwähnt, an einem ihnen entgegentretenden Rechtssubjekt, abgesehen von dem verhältnißmäßig selteneren Falle, daß die Sammlung nur von einem Einzigen ins Werk gesetzt wird.

Die Sammler bilden ja keine rechtlich anerkannte Einheit. Eine Beziehung jedes einzelnen Sammlers zu den einzelnen gerade ihm beitragenden Spendern anzunehmen, geht aus leicht begreiflichen Gründen nicht an. Auch wird ja in vielen Fällen gar nicht einzelnen Sammlern sondern dem „Komitee" geleistet.

Und so erweist sich also die Annahme eines Rechtsverhältnisses zwischen Spendern und Sammlern als unmöglich.

b) Externe Beziehungen.

α) Die Stellung der Sammler zu den Destinatären.

Die Frage, ob zwischen Sammlern und Destinatären eine rechtliche Beziehung besteht, wird vor allem von demjenigen zu bejahen sein, der an der Hand der oben citirten Konstitution Justinians (l. 36 pr. C. de don. 8, 53) zwischen Spender und Sammler eine donatio sub modo als vorliegend ansieht.

Denn er müßte in Anknüpfung an l. 3 C. de don. quae sub modo (8, 54) den Destinatären einen klagbaren Anspruch gegen den Sammler gewähren.

Die l. 3 cit. giebt, wenn Jemandem etwas geschenkt ist unter der Auflage, es nach gewisser Zeit an einen Dritten herauszugeben, diesem Dritten eine actio utilis.

Allein an eine Anwendung dieser Konstitution ist in unserem Falle nicht zu denken.

Zwar trifft der Grund, den Puchta[1]) geltend macht, es müsse „der Geber bereits einen seiner Person nach be-

1) a. a. O. S. 481.

Digitized by Google

stimmten Empfänger im Auge gehabt" haben, nur bei der zweiten und allenfalls der dritten der oben unterschiedenen Zweckkategorien zu, während er auf die erste nicht paßt, allein der Grund, weshalb die Anwendung jenes Satzes hier schon a limine ausgeschlossen erscheint, ist eben der, daß eine donatio sub modo überhaupt nicht vorliegt.

Jedoch vielleicht von einem anderen Gesichtspunkte aus könnte man versuchen wollen, ein rechtlich relevantes Verhältniß zwischen Sammlern und Destinatären nachzuweisen.

Geht man nämlich von dem Satze aus, den Jhering[1]) verfochten hat, daß Subjekt eines Rechtes sei, wer zum Genusse desselben bestimmt sei, so sind die Destinatäre die Subjekte des von den Sammlern zusammengebrachten Vermögens, und letztere ihre Vertreter.

Sammler und Destinatär ständen alsdann zu einander, wie negotiorum gestor und dominus negotii. Der Destinatär hätte gegen den Sammler die actio neg. gest. directa, sobald er sich zur Empfangnahme des Sammelvermögens bereit erklärte, was eben schon durch Anstellung der Klage geschehen könnte.

Allein die Möglichkeit dieser Auffassung fällt mit der Negation des Jhering'schen Obersatzes, deren eingehender Begründung die Stellungnahme der heutigen Literatur zu ihm überhebt.

Und somit haben wir auch hier als Resultat zu verzeichnen, daß eine Beziehung juristischer Natur zwischen Sammlern und Destinatären nicht vorhanden ist.

β) Die Stellung der Sammler zum Staate.

Unsere Erörterung ging davon aus, daß das Komitee nach außen als Einheit auftritt; ihr Verfolg aber hat ergeben,

1) Geist des R.R., III S. 209—213, 330—339.

Digitized by Google

daß ein privatrechtliches Band zwischen den einzelnen Mitgliedern ebensowenig existire, wie andererseits das Komitee selbst als privatrechtliche Korporation nicht aufzufassen sei.

Der Grund für beides war das Fehlen eines jeden Eigeninteresses für ihr Handeln.

Ihre Thätigkeit gilt der Allgemeinheit, und öffentlich spielt sie sich ab.

Die Sammlungen sind bestimmt, Interessen der „Gesellschaft" zu dienen. Der rechtliche Ausdruck der Gesellschaft aber ist der Staat; alle Machtmittel zum Schutze öffentlicher Interessen liegen in seiner Hand. Seine Aufgabe also ist es, sie zu schützen: die Interessen der Gesellschaft sind *rechtlich* auch die seinen.

Die Sammler greifen also in die Interessensphäre des Staates ein, indem sie durch eigene Thätigkeit Bedürfnisse befriedigen, die zwar auch der Staat befriedigen könnte, die er aber im konkreten Falle nicht befriedigt hat.

Der Staat steht dieser Thätigkeit alsdann lediglich als Beobachter gegenüber. Diese Beobachtung ist sein unverzichtbares Recht. Es ist selbstverständlich, daß diesem Rechte der Beobachtung ein Recht des Eingreifens zur Seite steht. Dieses giebt jenem erst den nöthigen Schutz.

Ein Recht des Eingreifens — aber nur nach *einer* Seite hin.

Der Sammler dient Zwecken der „Gesellschaft" d. h. er verspricht, das Vermögen, das ihm von einem mehr oder weniger großen Theile derselben anvertraut wird, zu dem allgemein gewollten Zwecke zu verwenden.

Die Zweckverwendung bildet das Gesellschaftsinteresse, das, wie gesagt, rechtlich auch in die Interessensphäre des Staates fällt.

Digitized by Google

Der Staat ist daher berechtigt, das Gesellschaftsinteresse zu schützen, er darf eingreifen, um seine Durchführung zu erzwingen. Die Gesellschaft als solche hat ja keine Zwangsmittel.

Aber er darf *nicht* einschreiten, um ihre Durchführung zu *verhindern*.

Mit einer selbstverständlichen Ausnahme: falls der erstrebte Zweck den Gesetzen oder den guten Sitten widerstreitet.

Denn ob die angestrebte Befriedigung der Interessen den wahren Interessen der Gesellschaft entspricht, entzieht sich der Prüfung des Staates und muß ihr entzogen sein.

Empfindet die Gesellschaft sie als solche, so liegt sie auch im wirklichen Interesse derselben.

Der Staat hat also das Schutzrecht. Aber diesem Rechte steht keine Pflicht gegenüber.

Wie wir oben sahen, suchen die Sammler Bedürfnisse zu befriedigen, die auch der Staat befriedigen könnte. Sie stehen also dem Staate gegenüber, wie der neg. gestor dem dominus negotii.

Der Staat hat daher das Recht, zu prüfen, ob er den angestrebten Zweck zu dem seinen machen, ob er also die Durchführung im Nothfall erzwingen — oder ob er seine Mitwirkung versagen will [1]). Auch der dominus ist nur berechtigt, nicht verpflichtet, zu ratihabiren.

Dieser Schutz des Zweckes der Sammlung ist, wenn man auf den Grund der letzteren zurückgeht, nichts weiter als ein Schutz des Willens der Spender; und dieser Schutz wirkt in doppelter Weise:

1) den kundgegebenen Willen der Spender *aufrecht* zu erhalten,
2) diesen Willen, sofern es nöthig, zu ändern.

1) So auch der Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage § 1890 „.... kann .... bestellt werden ...."

Digitized by Google

Der ſtaatliche Schutz der erſteren Art richtet ſich gegen alle, welche dem durch den Beitrag geſetzten Willen der Spender entgegenzuhandeln verſuchen. Er richtet ſich alſo nicht nur gegen ein zweckwidriges Verhalten der Sammler, ſondern er richtet ſich auch gegen den Spender ſelbſt; er ſchützt deſſen einmal feſtgelegten Willen gegen den lebendigen Willen.

Die zweite Art des Schutzes greift dann Platz, wenn die Erfüllung des Zweckes unmöglich wird; hier muß der Wille der Spender geändert werden. Das geſammelte Vermögen muß einem anderen Zwecke gewidmet werden. Aber nicht einem beliebigen, ſondern auch hier bleibt der Wille der Spender maßgebend. Nicht zwar der einmal geäußerte, auch nicht der wirkliche gegenwärtige. Es wird vielmehr in dieſem Falle der neue Zweck ſo gewählt, wie die Spender ihn zur Zeit der Sammlung vernünftigerweiſe gewollt haben würden, wenn ſie die Unausführbarkeit des urſprünglichen Zweckes vorausgeſehen hätten.

In erſter Linie ſind zu dieſer Aenderung die Sammler als Willensvollſtrecker der Spender befugt.

Erſt wenn ſie unthätig bleiben oder wenn ſie einen Zweck wählen, wie ihn die Spender präſumtiv nicht gewollt hätten, kommt das Schutzrecht des Staates in Betracht.

Fälle dieſer Art ſind nicht ſelten. Ein Beiſpiel möge hier Platz finden. In einer Moſelſtadt war ein Komitee zuſammengetreten, um zu Ehren eines hervorragenden Kurfürſten, der in der Stadt reſidirt hatte, einen öffentlichen Brunnen erſtehen zu laſſen. Die Liſten gingen herum; die ganze Einwohnerſchaft betheiligte ſich; binnen Kurzem war die erforderliche Summe beiſammen.

Das Komitee ging nun mit großer Rührigkeit ans Werk. Es erwarb einen Platz, erließ ein Preisausſchreiben und betraute den gekrönten Bildhauer mit der Ausführung des

Digitized by Google

Brunnens. Nur an eines hatte es nicht gedacht: daß ein Brunnen auch Wasser haben müsse.

Der Direktor der Wasserleitung, den man vorher nicht befragt hatte, weigerte sich, das Wasser für den Brunnen zu liefern.

Wäre er bei seiner Weigerung geblieben — was nicht geschah — so wäre hier die vorliegende Frage praktisch geworden.

II. Das Sammelvermögen.

1. Seine juristische Natur.

Die Frage, deren Beantwortung Voraussetzung jeder weiteren Untersuchung ist, lautet: bildet das Produkt einer Sammlung ein Vermögen?

Unter Vermögen verstehen wir hier einen Komplex von geldwerthen Rechten, der durch einen einheitlichen Zweck zusammengehalten wird.

Danach beantwortet sich die obige Frage in bejahendem Sinne. Die einzelnen Rechte, aus denen der Sammelfonds besteht, erscheinen als schon äußerlich von allen anderen Vermögenskomplexen getrennt und für sich durch den Sammelzweck zu einer Masse vereinigt.

Die herrschende Jurisprudenz kennt aber noch einen anderen Begriff des Vermögens: die Gesammtheit der geldwerthen Rechte, welche *einem* Rechtssubjekte zustehen.

Daher kann es kommen, daß ein Vermögen im ersteren Sinne Theil eines Vermögens im letzteren Sinne ist, daß es also trotz seinem ihm seine Einheit verleihenden Zwecke ein Rechtssubjekt hat, welches diesem Zwecke möglicherweise fremd gegenübersteht, dessen Wille aber für die Erreichung dieses Zweckes mehr oder minder maßgebend ist.

Wir unterscheiden danach unter den Vermögen im ersteren Sinne subjizirte und nichtsubjizirte Vermögen.

Digitized by Google

So ergiebt sich für uns die weitere Frage: gehört das Sammelvermögen zu den subjizirten oder zu den nichtsubjizirten?

Als mögliche Subjekte desselben erscheinen uns Spender, Destinatäre und Sammler. Und damit differenzirt sich der erste Theil der Alternative dahin: gehört der Sammelfonds den Spendern? den Destinatären? den Sammlern?

1) Man vergegenwärtige sich die Entstehung des Sammelfonds. Der einzelne Sammler trägt zu dem bestimmten Zwecke bei, d. h. er will ein Recht aus seinem Vermögen ausscheiden und realisirt diese Absicht, indem er es dem Sammler übergiebt. Damit ist thatsächlich wie rechtlich die Ausscheidung vollzogen. Daß der Sammelfonds danach nicht zu dem Vermögen der Spender gehören kann, bedarf weiterer Ausführung nicht.

2) Ebenso ist es klar, daß die Destinatäre ein Recht an den Beiträgen noch nicht erworben haben können; zwischen ihnen und den Spendern besteht ja kein rechtlicher Zusammenhang, der diesen Uebergang zu vermitteln im Stande wäre.

3) Es bleibt also noch die Frage übrig: gehört der Sammelfonds zum Vermögen der Sammler?

Die Beantwortung dieser Frage kann man auf zweifachem Wege versuchen: entweder aus der Natur der Sache oder aus der Parteiabsicht heraus.

Die sog. Natur der Sache ist bei Argumentationen ebenso beliebt, als sie in Wahrheit überall unfähig ist, ein Argument zu liefern.

Denn was die Natur der Sache eigentlich ist, wird in den meisten Fällen gerade den streitigen Punkt bilden; wäre sie klar, so wäre auch dasjenige zweifellos, dessen Begründung nunmehr auf nichts anderes, als auf die Natur der Sache gestützt wird.

Digitized by Google

Dazu bergen sich unter dieser allumfassenden Bezeichnung Erwägungen allerverschiedensten Charakters: allgemein menschliche, sittliche, religiöse, nicht zum wenigsten auch politische. Und besonders in unserer Frage, die auf allen möglichen Gebieten praktisch werden kann, ist von der „Natur der Sache" wenig Aufklärung zu hoffen.

Wem der Natur der Sache nach der Fonds zur Unterstützung der Abgebrannten oder zur Zahlung von Diäten an die diätenlosen Reichstagsabgeordneten einer bestimmten Fraktion oder zur Errichtung eines Heine-Denkmals gehört, das wird kaum Jemand in anderer Weise zu sagen vermögen, als daß er vorher in die „Natur der Sache" das hineinlegt, was er nachher wieder aus ihr entnehmen will.

Geben wir daher diesen Weg auf, so werden wir untersuchen müssen, ob die Parteiabsicht uns auf eine Lösung der Frage hinführt.

Unter Parteiabsicht versteht man zweierlei: das, was die Partei im konkreten Falle wirklich gewollt hat, und das, was sie vernünftigerweise gewollt haben würde, falls sie auf die Konsequenzen aufmerksam gemacht worden wäre. Das Erste kann man die reale, das Zweite die virtuelle Parteiabsicht [1]) bezeichnen.

Die reale Parteiabsicht wird in unserem Falle, wie in vielen anderen, für die juristische Beurtheilung wenig Ausbeute liefern.

Nicht etwa deshalb, weil die Partei sich über die rechtliche Natur ihrer Absicht nicht klar geworden ist, weil ihr Wille nicht auf einen juristischen Erfolg sondern auf einen ökonomischen oder sozialen ging. Auf die Qualität des Willens

1) Ueber andere Fälle derselben vergl. Zitelmann, Rechtsgeschäfte im Entwurf ꝛc., Berlin 1889, I S. 96.

Digitized by Google

iſt das ohne Einfluß; es genügt, wenn der letztere auf einen Erfolg gerichtet iſt, den der Erklärende als juriſtiſch von Erheblichkeit betrachtet [1]).

Allein gerade hieran fehlt es in unſerem Falle.

Was der Spender ins Auge faßt, iſt lediglich der Enderfolg, die Erreichung des Zweckes, dem die Sammlung beſtimmt iſt. Er ſetzt ſich bewußt in Beziehung nur zu dem Deſtinatär der Sammlung; und gerade dieſe Beziehung iſt, wie oben dargelegt, keine rechtliche.

Die Beziehung, in die er zu dem Sammler tritt, iſt ihm nur Mittel; allerdings will er dieſe Beziehung, da er ja den Zweck will. Wie er ſie aber will, das tritt nicht in ſein Bewußtſein. Die Natur derſelben iſt ihm gleichgültig, ja, ſie wird ihm nicht einmal als rechtlich relevant erſcheinen.

Er giebt „für die Ueberſchwemmten", „für das Heine-Denkmal"; alles Weitere geht ihn nichts an.

Können wir alſo aus der realen Parteiabſicht der Spender nicht auf die juriſtiſche Natur des geſammelten Fonds ſchließen, ſo tritt die Frage an uns heran, ob nicht die virtuelle Parteiabſicht uns in dieſer Hinſicht einen Aufſchluß zu ertheilen vermag.

Als virtuelle Parteiabſicht haben wir oben dasjenige bezeichnet, was die Partei gewollt haben würde, wenn ſie auf die Konſequenzen ihres Wollens aufmerkſam gemacht worden wäre. Da die Partei nun vernünftigerweiſe ſtets das wollen wird, was dem von ihr erſtrebten Zwecke am dienlichſten iſt, ſo werden ſich die aus der virtuellen Parteiabſicht gewonnenen Gründe paſſend auch als Gründe der Zweckmäßigkeit bezeichnen laſſen.

Denn da dieſe virtuelle Parteiabſicht in Wirklichkeit ja

1) Zitelmann, a. a. O. S. 95.

nichts weiter ist, als eine vom objektiven Privatrechte aufgestellte Fiktion, mit Hülfe deren es ergänzend regelt, was die Parteiabsicht zu regeln vergessen, jedenfalls unterlassen hat, und da es das höchste Prinzip des Privatrechts ist, dem Parteiwillen auf die zweckangemessenste Art und Weise zur Realisirung zu verhelfen — so entspricht eine Regelung nach Zweckmäßigkeitsgründen dem innersten Wesen des Privatrechts.

Es wird sich daher die Untersuchung dahin richten müssen, ob die Spender vernünftigerweise die Beiträge den Sammlern zu eigenem Recht übertragen wollen, ob es also ihren Zwecken entspricht, den Sammelfonds als zum Vermögen der Sammler gehörig zu betrachten.

Ist nur ein Sammler da, so stößt diese Annahme an sich auf keine Schwierigkeiten.

Wie aber, wenn wir ein Komitee vor uns haben? Wie oben des Näheren dargelegt worden ist, besitzt dasselbe keine juristische Persönlichkeit, es kann mithin als solches nicht Subjekt des Sammelfonds sein. Daher bleibt nur die Möglichkeit, die einzelnen Komiteemitglieder als Subjekte desselben anzusehen.

Dies ist wieder in zweifacher Weise denkbar.

Entweder ein jeder von ihnen ist Eigenthümer der gerade von ihm gesammelten Beiträge; oder sie sind Miteigenthümer pro indiviso am Ganzen.

Die erste Möglichkeit zeigt sich schon bei oberflächlicher Prüfung als unannehmbar. Wie wäre der gemeinsame Zweck zu erreichen, wenn jeder ihn zu seinem Theile auf besonderem Wege erstreben dürfte, wenn z. B. bei einer Sammlung zur Errichtung eines Bismarck-Denkmals der Sammler A aus den bei ihm eingegangenen Summen den Bildhauer X und der Sammler B aus den seinigen den Bildhauer Y mit der Ausführung beauftragen könnte?

Digitized by Google

Es bleibt daher nur die zweite Möglichkeit übrig; und diese ist sowohl von Puchta [1]) wie von Regelsberger [2]) vertreten worden.

Es würde danach also eine communio zwischen den einzelnen Komiteemitgliedern bestehen.

Allein diese communio wäre von der des römischen Rechtes bedeutend unterschieden.

So müßte unzweifelhaft die actio communi dividundo, das Recht auf Theilung ausgeschlossen sein, was wohl einer weiteren Begründung nicht bedarf.

Wenn nun auch die Annahme eines dahin gehenden stillschweigenden Nebenvertrages der Sache nach sehr wohl denkbar ist, so steht dem aber andererseits der Umstand entgegen, daß ein solcher Vertrag nach gemeinem Recht null und nichtig ist. Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huius modi pactum nullas vires habere manifestissimum est [3]).

Dieser Satz des gemeinem Rechtes ist die nothwendige Konsequenz des anderen Satzes: In re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse; in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat [4]).

Und auch dieser Satz ist bei Sammelvermögen in gleicher Weise unanwendbar, wie Puchta a. a. O. auch als einer Begründung nicht bedürftig ausgeführt hat.

Eine weitere Konsequenz der Annahme einer communio wäre ferner die, daß beim Tode eines Komiteemitgliedes seine

1) a. a. O. S. 478.

2) Streifzüge im Gebiete des Civilrechts in der Göttinger Festgabe für Jhering, 1892, S. 72.

3) L. 14 § 2 D. comm. div. (10, 3).

4) L. 28 eod.

Digitized by Google

Erben in seine Stelle succedirten, was dem Parteiwillen in keiner Weise entsprechen würde.

Wie wenig also die Auffassung als communio gerechtfertigt erscheint, darf danach als erwiesen gelten.

Der Grund ist auch hier wieder derselbe, der schon bei mehreren Gelegenheiten als dort einer Konstruktion privatrechtlichen Charakters entgegenstehend aufgezeigt wurde. Es ist dies der Umstand, daß wir es hier nicht mit egoistischen, sondern mit altruistischen oder, besser gesagt, nichtegoistischen Interessen zu thun haben.

Die Regeln der privatrechtlichen communio aber sind auf die Rechtsverhältnisse zugeschnitten, die sich in Folge einer den egoistischen Interessen der Beteiligten dienenden Gemeinschaft ergeben.

Wenn sich sonach der Weg, ein Eigenthum des Komitees am Sammelfonds anzunehmen, als juristisch ungangbar erweist, so ergiebt sich damit von selbst der Schluß auf den Fall, wo die Sammlung von einem Einzelnen ausging.

Denn daß dieser Umstand einen Unterschied in der rechtlichen Natur des Fonds zu begründen vermöge, erscheint mir schlechterdings unannehmbar. Die Art und Weise, wie derselbe zu Stande kommt, ist doch hier wie dort dieselbe; ob unter dem Aufruf zu Beiträgen ein einziger Name oder deren mehrere stehen, kann an dem Wesen der ersteren nichts ändern.

Werden die mehreren Sammler nicht Eigenthümer der gesammelten Beiträge, so wird es auch nicht der einzelne.

Und so haben wir denn als Ergebniß der bisherigen Untersuchungen dieses Abschnittes den rein negativen Satz gefunden:

Der Sammelfonds steht weder im Eigenthum der Spender, noch der Destinatäre, noch der Sammler.

Oder allgemeiner gefaßt, da als Subjekt des Fonds außer

Digitized by Google

einer der drei eben genannten Kategorien andere Perſonen nicht in Frage kommen können:

Das Sammelvermögen hat kein phyſiſches Subjekt.

Wir haben hier alſo eines jener Vermögen vor uns, die ſich nicht um ein phyſiſches Subjekt konzentriren, die aus Rechten beſtehen ohne eine phyſiſche Perſon, welche dieſelben geltend machen könnte.

Das Rechtsleben erzeugt derartige Vermögen; es kann ſie nicht entbehren.

Es fragt ſich: haben dieſe Vermögen Rechtsfähigkeit, oder was daſſelbe iſt, ſind ſie ein Rechtsſubjekt?

Sie beſtehen aus einem Komplex von Rechten, alle einem und demſelben Zwecke gewidmet und durch dieſen Zweck zuſammengehalten.

Aeußerlich gleichen alſo dieſe ſog. Zweckvermögen den Individualvermögen, deren Einheit ja auch der Idee nach ein Zweck bildet, der Zweck der Bedürfnißbefriedigung dieſes Individuums.

Jedes Recht kennt nun ſolche Zweckvermögen, die dieſen Individualvermögen auch rechtlich völlig gleichgeſtellt ſind, die ebenſo wie die Subjekte der letzteren Rechte erwerben und Verpflichtungen übernehmen können.

Den Widerſpruch zu löſen, in den dadurch die Möglichkeit mit der Wirklichkeit gerieth, hat das Recht dieſen Zweckvermögen Organe geſchaffen, welche die jenen fehlende Handlungsfähigkeit durch die eigene zu ergänzen berufen ſind.

Man hat dieſe Vermögen danach „juriſtiſche Perſonen" genannt, eine Bezeichnung, die eben lediglich das Negative ausſagt, daß es ſich hier um Rechtsſubjekte handelt, die *keine phyſiſchen* Perſonen ſind.

Was poſitiv dieſe Rechtsgebilde ſind, darüber ſagt der Ausdruck nichts.

Digitized by Google

Wenn man ihn trotzdem so scharf angegriffen hat, so war wohl nur das Wort „Person" hieran Schuld und die Konsequenzen, die einzelne fehlgegriffene Konstruktionen aus dieser Wortanalogie zu ziehen suchten.

Hält man aber jenes fest, so wird gegen den Ausdruck an sich, da er nun einmal eingebürgert ist, nicht mehr einzuwenden sein, als gegen andere, mit denen man ihn zu ersetzen sich bemüht hat.

Er verdankt eben seine Entstehung einem Zuge, der auch anderwärts als menschliche Eigenthümlichkeit aufgezeigt worden ist, und den ich danach als „Anthropomorphismus im Recht" bezeichnen möchte.

Die rechtliche Stellung dieser herrenlosen Vermögen fügt sich dem Ideenkreise des Menschen viel besser ein, wenn er dieselben als seiner eigenen Stellung ähnlich sich vorstellen kann[1]).

Die objektive Gebundenheit dieser Vermögen verwandelt sich so dem menschlichen Geiste in eine subjektive. Rechtlich ist nichts geändert; nur die Form der Vorstellung, in welche die rechtliche Erscheinung gefaßt wird, ist eine andere geworden[2]).

Die Frage, welche nun sich hier für uns ergiebt, ist die: ist auch der Sammelfonds ein derartiges Vermögen, ist er rechtsfähig, ist er eine sog. juristische Person?

Bei allen Zweckvermögen, die anerkannt sog. juristische Personen sind, liegen folgende Voraussetzungen vor:

1) Sie bestehen aus einem durch einen einheitlichen Zweck objektiv gebundenen Komplex von Rechten.

2) Sie haben kein physisches Subjekt.

Unter diesen Voraussetzungen setzt sich, wie dargelegt, für die

1) Vergl. l. 40 D. de peculio (15, 1) . . . et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini.

2) Ebenso bei der Lehre von den Servituten. Man spricht hier von praedium dominans und serviens.

Digitized by Google

die Anſchauung jene objektive Gebundenheit in eine ſubjektive um, der Zweck wird ſelber als Rechtsſubjekt gedacht[1]).

Da nun dieſe beiden Vorausſetzungen — auf die erſtere werden wir weiter unten noch zurückkommen — bei dem Sammelfonds zutreffen, ſo ſteht der Auffaſſung[2]), welche auch ihn als ſog. juriſtiſche Perſon betrachtet, ein weiteres Hinderniß nicht entgegen.

Eines könnte allerdings noch in Frage kommen.

Dort nämlich, wo das Recht von der Auffaſſung ausgeht, daß ein Rechtsſubjekt eines Staatsaktes zu ſeiner Entſtehung bedürfe, beſtände dieſer Akt nun in ſpezieller oder genereller Verleihung oder in bloßer Genehmigung, dort würde dieſer ſpecielle Akt allerdings als drittes Erforderniß hinzukommen müſſen.

Denn wenn auch, wie in unſerem Falle, ein Rechtsſubjekt gar nicht vorliegt — die Rechtsanſchauung hat, wie wir ſahen, dieſe Vorſtellungsform dennoch gewählt, und dieſe bleibt damit für alle Fragen maßgebend, welche das Recht damit ver-

---

1) Dieſer Denkprozeß tritt vielleicht nirgends deutlicher hervor als bei Kohler, Recht der Stiftungen, in ſ. Arch. f. b. R., III S. 236: „Dieſe dingliche Geſtaltung des Eigenthums, in welche der Zweck eingeprägt iſt, erzeugt den unrichtigen Schein, als ob kein Subjekt an der Spitze ſtände und der in der Sache ausgeprägte Zweck bereits genüge, um die Sache für die Funktionen zu befähigen, welche ſie erfüllen ſoll. Aber man muß nur den Fall ſetzen, daß die Sache der Aushülfe, des Schutzes, der Wehr bedarf, und man wird zur Ueberzeugung gelangen, daß das Rechtsleben mit ſubjektloſen Sachen nicht auskommen kann; in ſolchen Fällen muß man mindeſtens vorübergehend den in der Sache ſchlummernden Zweck zum Rechtsſubjekt erheben. Da aber ein ſolches Bedürfniß ſtändig im Hintergrunde ſteht, ſo iſt es keine Fiktion, ſondern es iſt That und Wahrheit, wenn wir die Kategorie des Rechtsſubjekts hier als ſtändigen Faktor der Rechtsentwicklung annehmen, wenn wir von Rechtsſubjekt, von Perſönlichkeit ſprechen . . . . .“

2) Vertreten von Bekker, a. a. O. S. 284, Brinz, Pand., III (2. A.) § 440 a. E. Dernburg, Pand., I (4. A.) § 62 N. 8.

Digitized by Google

knüpfen wollte — insbesondere also für die Stellung der Organe zu dem Vermögen.

Wo aber das Recht diese Auffassung nicht hat, also heute im Gebiete des gemeinen Rechts, da fällt auch jenes Erforderniß hinweg, soweit es nicht für besondere Zweckvermögen aus anderen Gründen besonders aufgestellt ist.

Der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage kennt für die Entstehung sog. juristischer Personen drei Arten; er kennt bei Stiftungen die „Genehmigung" des Staates, bei Vereinen die staatliche „Verleihung" der Rechtsfähigkeit und das Erlangen der letzteren durch „Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichtes".

Es fragt sich, beruhen diese drei Arten auf einem gemeinsamen Rechtsgedanken?

Die Frage ist zu verneinen.

Die beiden ersteren Arten machen die Erlangung der Rechtsfähigkeit von einem Willensakt des Staates abhängig.

Die letztere dagegen ist eine bloße Ordnungsmaßregel.

Sind die Voraussetzungen, die das Gesetz für die Vereine dieser Art aufgestellt hat, erfüllt, so ist die Eintragung nicht mehr von dem Willen des Staates abhängig, sie ist vielmehr bloße Formsache und *muß* erfolgen.

Der Verein hat alsdann ein Recht darauf, seine Rechtsfähigkeit vom Staate anerkannt zu sehen, und kann dieses Recht im Verwaltungsstreitverfahren verfolgen.

Es wird hier also nicht wie in den Fällen der Verleihung und Genehmigung ein Willensakt des Staates erfordert, der die Rechtsfähigkeit erst schaffen sollte, ein Willensakt, der ganz nach dem Ermessen des Staates vorgenommen oder verweigert werden kann — sondern es ist ein Rechtssubjekt bereits da, der Staat hat es nicht mehr zu schaffen, vielmehr hat dies

Digitized by Google

Rechtssubjekt als erstes Recht das, seine Eintragung in das Register und damit die öffentliche Anerkennung zu verlangen.

Für unsere Untersuchung folgt daraus, daß der Entwurf ein einheitliches Prinzip, wonach zur Schaffung eines Rechtssubjekts ein Staatsakt erforderlich wäre, nicht hat.

Wir werden also als Grundlage der Erörterung dieses Punktes festzuhalten haben: die Staatsgenehmigung ist gemeinrechtlich und auch nach dem Rechte des Entwurfs keine Vorbedingung für die Rechtsfähigkeit der Zweckvermögen, soweit sie nicht für einzelne derselben ausdrücklich erfordert ist.

Dies letztere ist aber fast überall [1]) und nach dem Entwurfe in Zukunft ausnahmslos der Fall für die Stiftungsvermögen.

Es ergiebt sich daher mit Nothwendigkeit die Frage: fällt das Sammelvermögen nicht auch unter die Stiftungsvermögen?

Oder verneinendenfalls, muß es nicht zum mindesten rechtlich ebenso behandelt werden?

Die erste Frage ist mehrfach [2]) aufgeworfen, aber verneint worden.

Regelsberger hat geltend gemacht, daß das Vermögen meist nicht einer dauernd wirkenden Einrichtung dienen soll, während bei Stiftungen gerade die Dauer des Zweckes, die über menschliche Lebenszeit hinausgeht, das Charakteristische sei [3]).

Allein dies Argument ist wohl kaum als durchschlagend anzusehen, wie denn Regelsberger die Bedeutung desselben selbst durch den Zusatz „meist" gemindert hat.

---

1) Nachweise bei Schulte, Jur. Pers. der kath. Kirche ꝛc. 1869, S. 80, 86, 90, 99, 103, 106, 111, 118, 121, 122, 124.

2) Puchta a. a. O. S. 474. Regelsberger, Pand. I S. 543.

3) Ebenso Puchta.

Digitized by Google

Und in der That, wenn es Stiftungen giebt, deren Dauer nur vorübergehend ist [1]), und andererseits Sammelvermögen, deren Zweck ein Menschenleben überdauert, so kann das Moment der Zeit wohl als Charakteristikum, nicht wohl aber als Kriterium in Betracht kommen.

Auch Puchta's Bedenken [2]) treffen m. E. das Richtige nicht. Sein erstes, daß ein bloß gemeinnütziger Zweck zur Errichtung einer Stiftung nicht genügen soll, beruht auf einem überwundenen Standpunkte.

Sein zweites deckt sich mit dem eben besprochenen Regelsberger's. Drittens aber macht er geltend, „eine stillschweigende Genehmigung des Staates bei Sammlungen vorauszusetzen, die eingestandenermaßen eine Opposition gegen die zeitige Staatsregierung in sich schließen, wäre mindestens naiv".

Abgesehen davon, daß hier die ältere, heute nicht mehr herrschend zu nennende Ansicht zu Grunde liegt, auch nach gemeinem Rechte bedürften Stiftungen der Staatsgenehmigung, nur daß diese stillschweigend ertheilt werde — so ist diese Argumentirung Puchta's schon an sich methodisch und logisch unrichtig.

Bei der Untersuchung, ob Sammlungen unter den Stiftungsbegriff fallen und ob also ihre rechtliche Behandlung die gleiche sein muß, wie die der Stiftungen, kann man nur in der Weise vorgehen, daß man die Thatbestände beider einer Prüfung unterwirft.

Aus der Gleichheit der Thatbestände folgt die Anwendung derselben Rechtssätze auf beide.

Das dritte Argument Puchta's trifft aber in gleicher Weise wie die Sammlungen auch die Stiftungen.

---

1) Kohler a. a. O. S. 248.
2) a. a. O. S. 474.

Digitized by Google

Es lassen sich auch Stiftungen denken, deren Zwecke der Staatsregierung oppositionell sind. Wäre es z. B. weniger „naiv", für eine Stiftung, deren Zinsen sozialistischen Abgeordneten als Tagegelder zufließen sollen, die Genehmigung des Staates als stillschweigend ertheilt zu unterstellen?

Der Unterschied zwischen Sammlungen und Stiftungen ist ein anderer, er liegt im Thatbestande.

Die Stiftung ist der Privatakt eines Einzelnen, der oft gar nicht an die Oeffentlichkeit tritt. Der Einzelne verfügt hier über ein größeres Kapital zu einem bestimmten Zwecke.

Die Sammelfonds entstehen dagegen als ein Werk der Allgemeinheit.

Zunächst der Idee nach: der Sammler wendet sich an die Allgemeinheit, er provozirt deren Thätigkeit.

Und auch der Sache nach; wenn auch nicht alle dazu beigetragen haben — die Namen der Spender verschwinden, der gesammelte Fonds stellt sich dar nicht als das Werk bestimmter Individuen sondern als das des Publikums, der Massen, des Volkes, der Allgemeinheit.

So ist er denn auch anonym, er benennt sich nicht, wie die Stiftungsvermögen, nach dem Geber sondern nach dem Zweck.

Und so präzisirt sich der Gegensatz zwischen Stiftungen und Sammlungen, kurz zusammengefaßt, als Gegensatz zwischen Privatakt und Volksakt, Gesellschaftsakt.

Kann sonach von einer Unterordnung der Sammlungen unter den Stiftungsbegriff und der selbstverständlichen Anwendung der Stiftungsrechtssätze auf die Sammelvermögen keine Rede sein, so bleibt doch die weitere Frage zu erörtern, ob nicht die Sammlungen den Stiftungen analog zu behandeln seien, ob also nicht die innere Verwandtschaft zwischen Stiftungen und Sammlungen so groß sei, daß sie eine analoge

Digitized by Google

Anwendung der für die ersteren geltenden Vorschriften bei den letzteren rechtfertigte?

Dernburg[1]) hat sich in bejahendem Sinne ausgesprochen. Und wenn ich auch nicht verkenne, daß sich manches für seine Ansicht anführen ließe, so möchte ich dennoch die Frage ganz entschieden verneinen.

Was hier in Betracht kommt, ist hauptsächlich die Staatsgenehmigung, die nach fast allen Partikularrechten für Stiftungen erfordert wird.

Sollen auch Sammlungen zu ihrer Rechtsbeständigkeit der Staatsgenehmigung bedürfen?

Bei Stiftungen hat dieselbe einen sehr erheblichen wirthschaftspolitischen Grund. Die Zahl der für den Volkswohlstand unfruchtbaren Kapitalien, der in der sog. todten Hand befindlichen Vermögen, soll sich nicht der Beeinflussung seitens des Staates gänzlich entziehen dürfen.

Dieser Gesichtspunkt fällt bei den Sammlungen ganz oder doch zum weitaus überwiegenden Theile weg.

Wie oben schon festgestellt, dienen die meisten Sammelvermögen vorübergehenden Zwecken, eine Anhäufung von Kapitalien in der todten Hand findet also hier nicht statt.

Sodann aber macht gerade hier der oben dargelegte Unterschied der Thatbestände sein Gewicht geltend.

Eine Stiftung ist ein Privatakt; ein Privatmann könnte ein großes Vermögen den unvernünftigsten Zwecken widmen und es dadurch dauernd dem Verkehr entziehen — falls eben nicht der Staat in der Lage wäre, hier eine Aufsicht und Korrektur auszuüben.

Die Sammlungen aber sind ein Gesellschaftsakt; sie bedürfen also der Publizität, und die Oeffentlichkeit ist in unserem

1) Pandekten I § 62 N. 8.

Digitized by Google

Zeitalter der Presse und des Einflusses der öffentlichen Meinung ein ausreichendes Korrektiv, so daß der Staat hier auf eine dahingehende Wirksamkeit ohne Schaden verzichten kann.

Allerdings werden auf diese Weise auch Sammlungen rechtsfähig, die ihre Spitze gegen die derzeitige Staatsregierung kehren. Allein ob das ein Uebel ist, ist zum mindesten doch zweifelhaft. Verhindert würden derartige Sammlungen dadurch, daß man ihnen die Rechtsfähigkeit absprächе, ja doch nicht. Das beweisen die Sammlungen zu Gunsten der Göttinger Sieben im Jahre 1837, wo sich auch in Hannover selbst Komitees bildeten, wie die Sammlungen im Jahre 1852 anläßlich der Maßregelung schleswigscher Professoren seitens der dänischen Regierung.

Das Vorstehende gilt, wie bereits kurz gesagt, auch für das Recht des Entwurfs.

Der Entwurf hält für die Stiftungen an dem Erforderniß der Staatsgenehmigung fest (§ 77 des Entw.).

Für das Stiftungsgeschäft selbst schreibt er (§ 78) gerichtliche oder notarielle Form vor.

Daß dies letztere Erforderniß für die Sammelgeschäfte einfach vernichtend wäre, bedarf nicht vieler Worte.

Wo sollten wir hingerathen, wenn wir das Spenden freiwilliger Beiträge zu gemeinnützigen u. dergl. Zwecken, mögen jene auch noch so gering sein, an eine solche Umständlichkeit knüpften, wie sie die gerichtliche oder notarielle Form mit sich bringt, von den Kosten ganz abgesehen?

Die Folge wäre eben das Unterbleiben fast aller Beiträge. Gerade aber dies Erforderniß des Entwurfes, dessen Angemessenheit für Stiftungen nicht zu bestreiten ist, beweist wieder aufs Schlagendste die Unmöglichkeit, Stiftungen und Sammlungen bei dem großen Unterschied ihrer Thatbestände der gleichen rechtlichen Behandlung zu unterwerfen.

Digitized by Google

Wir haben somit als Resultat für die Sammelvermögen die Rechtsfähigkeit auch ohne staatliche Genehmigung und bei Formlosigkeit der Entstehungsakte festzuhalten — solange eine andersgeartete gesetzliche Regelung nicht erfolgt ist.

Eine solche mag an sich erwünscht sein; nehmen doch die Sammlungen als Hülfsmittel des modernen Gesellschaftslebens stetig zu.

Der Entwurf, unter dessen Zeichen wir heute stehen, bietet auch hier die passende Stätte. Möge aber die Regelung nicht in engherzigem Geiste erfolgen sondern in der Tendenz, das freie Walten der sozialen Kräfte, die bei Sammlungen sich zu äußern pflegen, nicht zu erschweren, sondern ihm nach Möglichkeit Spielraum zu lassen.

2. Seine Entstehungsgeschäfte.

Zu einem Sammelfonds kann in zweierlei Weise beigetragen werden: unter Herstellung des Mittelgliedes eines obligatorischen Bandes oder ohne ein solches.

Das letztere soll als der einfachere Fall zuerst erörtert werden.

In dem Hingeben des Beitrages erschöpft sich hier die ganze rechtliche Beziehung des Gebers zum Sammelvermögen.

Aber welcher Natur ist diese rechtliche Beziehung?

Es ist eine Entäußerung [1]); der Geber — und was ebenso wichtig ist, auch seine Gläubiger — haben keine Verfügung mehr über das Gegebene.

Dasselbe fällt daher auch, im Falle Konkurs über ihn ausbräche, nicht in die Konkursmasse [2]).

1) Oben S. 421.

2) Ebenso Bekker a. a. O. Höchstens könnte, da es sich um eine Liberalität handelt, die Gabe auf Grund § 25 Z. 1 K.O. angefochten werden.

Digitized by Google

Es ist ferner eine „Zweckſatzung", wie Bekker[1]) derartige Geschäfte genannt hat, d. h. eine Veräußerung, die aber den veräußerten Vermögenstheil dem Willen des Veräußernden unterworfen hält, nicht zwar dem „lebendigen" Willen sondern dem einmal normirten, der lex suae rei dicta.

Diese Gabe ist aber keine donatio sub modo, die ja ebenfalls zu den Zweckſatzungen gehört. Denn die Hingabe eines Beitrages ist zwar Veräußerung, aber nicht Tradition. Es fehlt vor allem an dem Traditionsoblaten; die Sammler sind, wie dargelegt, weder in ihrer Gesammtheit noch als Einzelne fähig, dem Geber als Gegenkontrahent gegenüberzutreten.

Der Zweck als solcher ist aber keine juristische Persönlichkeit. Und so treffen nicht nur die speziellen Sätze der donatio sub modo nicht zu, sondern es ist sogar sehr zweifelhaft, ob und inwieweit die allgemeinen Sätze für Schenkungen hier zur Anwendung zu bringen sind.

Denn wenn auch keine Schenkung im engeren Sinne vorliegt, so haben wir es doch, da es an einer im Verkehr anerkannten Gegenleistung fehlt, mit einer Freigebigkeit zu thun; und daß die Rechtssätze, welche sich gerade auf diesen Charakter der Schenkung beziehen, deshalb auch an sich zur Anwendung auf Sammelbeiträge geeignet sind, kann nicht bezweifelt werden.

Hier kommt vor allem die Insinuationspflicht in Betracht; es fragt sich, ist sie analog auch auf Beiträge für Sammlungen auszudehnen?

Regelsberger[2]) hat die Frage bejaht; diese Entscheidung ist m. E. nicht ohne Bedenken, jwenn sich auch ein zwingender Beweis nicht führen läßt.

1) Pandekten II S. 275 ff.
2) Festgabe a. a. O. S. 70.

Digitized by Google

Regelsberger hat seine Ansicht damit begründet, daß die Insinuationspflicht eine Schranke sei, mit der das Recht den Geber vor sich selber schützen wolle.

Das Recht ist bekanntlich hier der objektivirte Verstand, der das gute Herz vor Uebereilungen bewahren will.

Dagegen läßt sich einwenden, daß wenn hier ein Schutz des Einzelnen vor Uebereilung beabsichtigt ist, dieser Schutz sich wohl kaum gegen die Leidenschaft, Gutes zu thun, richten sollte, sondern gegen eine Uebereilung, zu welcher ein Geber durch solche Gefühle getrieben werden mag, die nicht durch ideale Abstraktionen sondern lediglich durch physische Personen hervorgerufen zu werden pflegen.

Die historische Entstehung der Insinuationspflicht scheint das zu bestätigen. Sie fällt zusammen mit der Aufhebung der lex Cincia, an deren Stelle sie trat. Man darf daher in ihrem Grundgedanken etwas dem der lex Cincia Ergänzendes, vielleicht sogar ihm Gegensätzliches suchen.

Die lex Cincia beruhte auf Gründen der Familienwohlfahrt; sie suchte Schenkungen außerhalb der Familie, der exceptae personae, zu erschweren.

Die Insinuationspflicht mußte daher ihre Spitze nothwendig gegen diese bisher begünstigten Personen richten.

Sie auf Sammelbeiträge auszudehnen, scheint mir daher nicht ihrem Sinne entsprechend. Gilt sie ja auch nicht für die anderen einseitigen Zwecksatzungen, die Stiftungsgeschäfte.

Aus dem oben Gesagten ist auch klar, weshalb der Geber keinen Anspruch gegen den Sammler auf zweckgemäße Verwendung der Beiträge haben kann.

Nicht etwa, wie Regelsberger[1]) meint, weil es sich hier um ein datum ob rem handelt und weil ein solches nur

1) Festgabe S. 72.

Digitized by Google

einen Anspruch auf Rückgabe, nicht aber einen solchen auf Verwendung zu dem angegebenen Zwecke erzeuge. Wie heute wohl fast allgemein anerkannt ist, trifft das nicht zu; die ob rem datio erzeugt neben der condictio ob causam dati eine sog. actio praescriptis verbis auf Erfüllung.

Vielmehr liegt hier eine datio ob rem an den Sammler überhaupt nicht vor, aus der ein Anspruch auf Erfüllung an diesen entstehen könnte [1]).

Es fragt sich jedoch, haben die Geber auch keinen Anspruch auf Rückgabe der Beiträge?

Daß sie einen solchen an das Sammelvermögen nicht haben, dürfte unzweifelhaft sein. Da die Sammler nicht ihrer Vollmacht gemäß gehandelt haben, so haben sie überhaupt nicht als ihre Vertreter gehandelt; ihr Thun geht sie also nichts an.

Dagegen kann ein Anspruch an die untreuen Sammler nicht verweigert werden, eine Forderung, die auch dem Rechtsgefühl entspricht.

Daß dem Sammler gegenüber die Voraussetzungen der condictio ob causam dati nicht zutreffen, ist bereits ausgeführt.

Ebensowenig ist auch die cond. furtiva begründet, da sie voraussetzt, daß das Zurückzuerstattende aus dem Vermögen des Kondizirenden entwendet ist — was hier nicht zutrifft.

Anders aber verhält es sich mit der actio furti.

Dieselbe steht nämlich nicht nur, wie die cond. furtiva, dem Eigenthümer zu sondern jedem, cuius interfuit non surripi [2]), cuius interest .... si honesta causa interest [3]) [4]),

1) Puchta a. a. O. S. 479 ist anderer Ansicht. Er giebt jedem einzelnen Geber eine „der dem Schenker bei der don. sub modo gegebenen ao. praescr. verb. nachgebildete" Klage.

2) l. 10 D. de furtis (47, 2)

3) l. 11 eod.

4) Daß sie auch heute noch in diesem Umfange praktisch ist, s. Dernburg, Pand. II § 130 a. E.

Digitized by Google

Daß als solches Interesse auch ein nicht geldwerthes als genügend angesehen wurde, darf m. E. aus l. 14 § 7 D. de furtis geschlossen werden.

Hier wird die Frage erörtert, wem die a° furti zustehe für den Fall, wo ein Brief unterwegs gestohlen wird. Die Klage wird auch dem Adressaten zugesprochen, selbst wenn er noch nicht das Eigenthum am Briefe erlangt hat, falls eius interfuit eam habere.

Nun liegt allerdings unser Fall nicht ganz genau, wie der in l. 14 § 7 cit. erörterte.

Während es sich dort um, wenn auch nicht geldwerthe, so doch jedenfalls um egoistische Interessen handelt, liegt in unserem Falle nur ein altruistisches vor.

Allein die Gleichstellung dieses Interesses mit anderen nicht geldwerthen ist dem römischen Rechte bezüglich der Obligationsbegründung nichts Fremdes [1]).

Es könnte höchstens fraglich erscheinen, ob das Erforderniß des animus lucri faciendi hier immer zutrifft.

Das ist aber quaestio facti.

Jedenfalls kann dasselbe nach einer berühmten Entscheidung des Gajus [2]) auch dann zutreffen, wenn der Sammelfonds von den Sammlern statt für den bestimmten Zweck für einen anderen an sich vielleicht ebenso guten Zweck verwendet worden ist.

Der Inhalt der a° furti kann „Schadloshaltung" sein [3]). Es handelt sich nun hier um altruistische Interessen; ihnen hat das römische Recht zwar obligationsbegründende Kraft zuerkannt; allein ihre Nichtbefriedigung begründet ohne weiteres einen Interesseanspruch in der Regel nicht. Und mit gutem

1) Insbes. l. 7 i. f. D. de s. e. (18, 7).
2) l. 55 (54) § 1 D. (47, 2).
3) Dernburg, Pand., II § 130 a. E.

Digitized by Google

Grunde; eine Geldzahlung an den Geschädigten ist im Falle der Nichtbefriedigung eines egoistischen Interesses am Platze; die gezahlte Summe ist ein Surrogat desjenigen, dessen Ausfall die Herbeiführung der eigenen Lust, die Bedürfnißbefriedigung verhinderte.

Bei der Wesensverschiedenheit der altruistischen Interessen entfällt diese Möglichkeit; das gezahlte Interesse, das die Herbeiführung eigener Lust auf anderem als dem ursprünglich angestrebten Wege bewirken kann, ist zur Befriedigung des auf Herbeiführung fremder Lust gerichteten altruistischen Bedürfnisses untauglich.

Im vorliegenden Falle jedoch ist ausnahmsweise ein wirklicher Ersatz möglich; es ist möglich, die Geber so zu stellen, wie sie vor der zweckwidrigen Verwendung gestellt waren — und deshalb ist hier ausnahmsweise die Klage auf Schadloshaltung auch bezüglich eines altruistischen Interesses zulässig.

Dieser Umstand beeinflußt auch die Fassung der Klagbitte. Die Rückgabe ihrer Beiträge an die Spender kann nicht zu deren freier Verfügung erfolgen.

Tendenz der Klage ist ja, sie so zu stellen, wie sie vor der Entwendung gestanden haben.

Die an die Sammler zu zahlenden Summen sind daher mit derselben Zweckbestimmung behaftet, welche dem Sammelfonds aufgeprägt war.

Diese ihnen einmal gegebene Willensbestimmung war und bleibt einer Willensänderung der Geber entrückt. Die Untreue der Sammler darf den Gebern nicht zum Vortheile gereichen.

Der Tenor des Erkenntnisses hat daher diese Zweckbestimmung ausdrücklich zu enthalten, wie auch die Klagbitte sie enthalten muß.

Digitized by Google

Eine Klage, einfach gerichtet darauf, „die Beklagten zu verurtheilen, an die Kläger den Betrag von so und so viel Mark zu zahlen", wäre eine pluspetitio.

Wir gelangen nun zur Prüfung der Rechtsverhältnisse, die sich ergeben, falls der Beitrag nicht durch körperliche Hingabe von Gegenständen sondern durch Eingehen einer entsprechenden Verpflichtung geleistet worden oder, wie der technische Ausdruck lautet, „gezeichnet" worden ist.

Mit der Zeichnung tritt der Spender in ein obligatorisches Rechtsverhältniß — zu wem? Wer wird Gläubiger aus dem Versprechen des Spenders?

Das Sammelvermögen kann es a priori schon nicht sein, denn gehen wir auf die zeitlich erste Zeichnung zurück und nehmen an, daß der erste Beitrag überhaupt eben diese Zeichnung ist — so erhellt, daß hier das Versprechen nicht dem Sammelvermögen geleistet werden kann. Es existirt ja noch gar nicht.

Daß aber die rechtliche Natur aller folgenden Zeichnungen genau die gleiche ist, wie die der ersten, bedarf keines Beweises.

Dem Sammelvermögen wird also nicht versprochen — wird es vielleicht den Sammlern?

Die Verneinung auch dieser Frage muß aus denselben Gründen erfolgen, aus denen wir oben die Annahme, der Sammelfonds stehe im Vermögen der Sammler, bekämpft haben und auf die wir uns hier beziehen können.

Die Sammler sind also nicht Gläubiger, weder der betreffende Sammler, dem gegenüber das Versprechen gerade geleistet wird, noch das Komitee.

Es fragt sich daher: welche rechtliche Natur hat die Zeichnung?

Digitized by Google

Daß sie keine Offerte sein kann, wie Regelsberger[1]) für den Fall der Aufforderung zu Beiträgen „an das Publikum" angenommen hat, ist danach klar: es fehlt der Oblat; ebensowenig ist sie, wie Regelsberger für den Fall der Aufforderung an bestimmte Einzelpersonen angenommen hat, eine Acceptation, es fehlt der Offerent[2]).

Nur eine Möglichkeit bleibt uns noch: sie als einseitiges Versprechen aufzufassen. Damit erhebt sich zugleich die Frage nach ihrer rechtlichen Verbindlichkeit.

Das römische Recht gesteht den einseitigen Versprechen im Allgemeinen keine Rechtsverbindlichkeit zu.

Eine Ausnahme macht es lediglich für die im Pandektentitel 50, 12 behandelten Rechtsgeschäfte: die jetzt allgemein technisch sog. Pollizitationen und das Votum.

Es drängt sich daher die Frage auf, ob die Rechtsverbindlichkeit, die jenen zukam, auch für die Zeichnungen zu Beiträgen in Anspruch genommen werden darf?

Regelsberger ist am Schlusse seiner gründlichen Untersuchung derselben[3]) zu einer verneinenden Antwort gelangt.

Wie ich gleich hinzusetzen möchte, schwerlich mit Recht.

Man wird wohl von dem zweifellos richtigen Satze ausgehen müssen, daß die Pollizitationen eine Ausnahmestellung im Recht einnahmen und diese lediglich der Eigenart ihrer Natur verdankten.

Regelsberger beginnt demgemäß auch mit der Prüfung der Frage, worin diese Eigenart bestand, und gelangt dabei (S. 66) zu dem Satze: „Das Eigenartige dieser Versprechen liegt darin, daß die freiwillige Vermögensaufopferung zum gemeinen Nutzen gemacht wird, nicht um Jemand zu bereichern."

1) Festgabe, a a. O. S. 72.
2) So auch Puchta a. a. O.
3) Festgabe, a. a. O. S. 59—74.

Digitized by Google

Diese ihre Eigenart liefert auch die genügende Begründung dafür, warum, „auf den tieferen Grund des Acceptationserfordernisses gesehen", sich die „Entbehrlichkeit" dieses Erfordernisses bei „Versprechen dieser Art" ergiebt.

„Dasjenige Wesen, welchem das Versprechen zu Gute kommen soll, die Allgemeinheit, das Publikum, kann nicht zu erkennen geben, daß es sich auf das Versprechen verlasse; die Stadtbehörde würde sich hier nur als Wahrerin des Gemeininteresses einschieben. Ist dies durch irgend eine berechtigte Rücksichtnahme geboten? . . . . . Die Acceptation ist kein Bedürfniß." (S. 68.)

Am Schlusse dieses Theils seiner Abhandlung eröffnet Regelsberger gerade mit Beziehung auf die ausgeführten Sätze noch einen weiteren Ausblick auf die Grundsätze, nach welchen die Verbindlichkeit einseitiger Versprechen beurtheilt werden muß.

Hieran anknüpfend folgt seine Erörterung der Natur der Beitragszeichnungen.

Leider hat aber Regelsberger sein Versprechen, das er in jenem Ausblick gegeben, nicht erfüllt. Vergebens sucht man eine Prüfung der Frage, inwiefern die Natur der Zeichnung sich von der der Pollizitation unterscheidet, um damit zugleich die Frage gelöst zu finden, ob die erstere der letzteren an die Seite zu stellen ist, ob also die Zeichnung ebenso wie die Pollizitation als einseitiges Versprechen bindet.

Regelsberger ist gerade umgekehrt verfahren. Auf Grund des „thatsächlichen Herganges" faßt er (S. 73), im Falle die Aufforderung zur Beitragsleistung an bestimmte Personen gerichtet ist, den Sammler als Antragsteller, im Falle der Aufforderung an das Publikum als Acceptanten auf.

Und danach findet er also den Unterschied der Natur der Zeichnung von der der Pollizitation darin, daß jene ein Vertrag, diese aber ein einseitiges Versprechen ist.

Digitized by Google

Allein, wie oben dargelegt ist, kann die Auffassung der Zeichnung als eines Vertrages nicht aufrecht erhalten werden.

Der „thatsächliche Hergang" beweist in diesem Falle nichts. Das einzige Argument Regelsberger's fällt damit, und es steht nichts im Wege, die Zeichnung, falls ihre Eigenart sich mit der der Pollizitation deckt, ebenso wie diese als einseitiges Versprechen mit Rechtsverbindlichkeit zu bekleiden.

In der That charakterisirt sich die Zeichnung in gleicher Weise, wie Regelsberger dies von der Pollizitation feststellte, dadurch, „daß die freiwillige Vermögensaufopferung zum gemeinen Nutzen gemacht wird".

Auch der oben angeführte Grund, weshalb von dem Acceptationserforderniß bei Pollizitationen abgesehen werden konnte, trifft auf die Zeichnungen ebenso zu.

Zugleich ergiebt sich dies Resultat als Folge einer anderen Erwägung.

Wir sahen, wenn der Spender durch Gaben zur Sammlung beiträgt, so ist die Entäußerung dieser Gaben nicht Tradition sondern einseitige Zwecksatzung.

Die Gabe wird einem Zwecke gewidmet; die Zwecksatzung ist vollendet, sobald der zwecksetzende Wille als solcher individuell bestimmt und erkennbar, also sobald die Gabe aus dem Vermögen des Spenders ausgeschieden ist.

Eine Annahme ist hier nicht erforderlich. Der einseitig geäußerte Wille genügt, um das Eigenthumsrecht an dem Beitrag für immer dem Vermögen des Spenders zu entfremden und seinem vielleicht später geänderten Willen zu entrücken.

Ganz genau so verhält sich die Sache, wenn der Spender statt des Eigenthumsrechtes ein obligatorisches Recht, eine Verpflichtung zur Sammlung beisteuern will.

Digitized by Google

Indem er sich zu einer Leistung für einen bestimmten Zweck verpflichten will, will er ein Recht zu einem bestimmten Zwecke gegen sich schaffen; auch die Zeichnung also ist Zweckſatzung.

Auch hier genügt daher der einseitig geäußerte Wille des Spenders.

Wiederholen wir, auch die Zeichnung ist Zweckſatzung; unter diesen Oberbegriff fällt sie gemeinsam mit der Pollizitation, gemeinsam mit dem Votum.

Und hieraus erklärt sich auch vollauf deren einseitig bindende Kraft. Daß das klassische Recht den Kreis dieser einseitig bindenden Versprechen nicht erweiterte, lag an der Zeit, wie es ja auch Stiftungen nur ad pias causas kannte.

Damit nun aber die Zeichnung verbinde, muß sie die oben für die Hingabe von körperlichen Beiträgen aufgestellten Erfordernisse erfüllen: der zweckſetzende Wille muß als solcher erkennbar sein. Ein gelegentlich hingeworfenes Wort, eine beiläufige Bemerkung in einem Briefe genügen keineswegs.

Wenn auch *rechtlich* die Schriftlichkeit des Versprechens an sich wie nicht stets genügend, so auch nicht durchaus erforderlich ist, um dasselbe verbindlich zu gestalten, so wird dennoch die „Zeichnung" eines Beitrages in dafür besonders bestimmter Weise meist *thatsächlich* das Kriterium bilden, das den ernstlichen Verpflichtungswillen kenntlich macht.

Das durch die zweckſetzende Zeichnung veräußerte Recht bildet also einen Theil des Sammelfonds.

Auch hier müssen natürlich die Organe des letzteren, die Sammler, für ihn eintreten, wenn es sich darum handelt, das Recht auszuüben, die Verpflichtung des Zeichners geltend zu machen.

Und in dieser Beziehung hat der Zeichner eine günstigere Position, als der Geber.

Digitized by Google

Während nämlich der Letztere als Einzelner einer zweckwidrigen Verwendung seiner Gabe ohnmächtig gegenübersteht, — sein Einzelbeitrag ist ja im Fonds unterschiedslos aufgegangen, so daß es zu einer Klage der Mitwirkung aller Geber bedürfte — kann der Zeichner die Erfüllung seiner Verpflichtung zu einem anderen Zwecke als dem von ihm gesetzten verweigern.

Die Zweckfatzung individualisirt seine Verpflichtung; wird daher zu einem anderen Zwecke gefordert, so wird gefordert aus einer Verpflichtung, die er überhaupt nicht eingegangen ist, etwas, was er gar nicht schuldet.

Seine Einlassung ist demgegenüber einfache Bestreitung, sog. negative Litiskontestation.

Er ist auch in einer günstigeren Lage für den Fall, daß die Ausführung des Zweckes unthunlich wird.

Während die Geber sich hier gefallen lassen müssen, daß ihre Beiträge zu einem anderen verwandten Zwecke verwendet werden, braucht der Zeichner einer solchen Umwandlung der Satzungsnorm seine Zustimmung nicht zu geben.

Ist die Erreichung des Zweckes, den er seiner Verpflichtung setzte, unmöglich geworden, so wird die letztere von selbst damit hinfällig, und Rechte können gegen ihn daraus nicht mehr hergeleitet werden.

Indes ist dieses Entscheidungsrecht, ob er der Aenderung des Zweckes seine Zustimmung versagen will, ein höchst persönliches. Seine Erben haben es nicht und müssen sich also die Zweckänderung der Verpflichtung ihres Erblassers gefallen lassen.

Daß die Verpflichtung des Zeichners dann nicht geltend gemacht werden kann, wenn er in Konkurs verfällt (K.O. § 25 Z. 4), sei noch kurz erwähnt.

Digitized by Google

Es bedarf noch einer Darlegung des Standpunktes des Entwurfes. Dieſer enthält über Zweckſatzungen im Allgemeinen, wie erwähnt, keine Beſtimmungen.

Nur für eine Art derſelben, die Stiftungen, hat er die Rechtsgültigkeit des einſeitigen zweckſetzenden Verſprechens ausgeſprochen; dieſelbe erfordert aber die geſetzlichen Vorausſetzungen des Stiftungsgeſchäftes.

Es fragt ſich nun, wie ſteht es mit der „Zeichnung".

Daß auf die Sammelgeſchäfte die Erforderniſſe der Stiftungsgeſchäfte nicht analog ausgedehnt werden können, iſt oben dargelegt worden.

Nun beſtimmte der Entwurf II. Leſung in § 310: „Aus einem einſeitigen, nicht angenommenen Verſprechen entſteht eine Verbindlichkeit nicht."

Allein dieſe Vorſchrift ſtand unter der Rubrik „Schuldverhältniſſe aus Verträgen", deren ſechſten Titel ſie bildete.

Sie konnte ſich nach dieſer ihrer Stellung alſo nur beziehen auf ſolche Verſprechen, die ihrer Natur nach zu Theilen eines Vertrages geeignet ſind, die aber eben mangels Annahme nicht zu einem Vertrage vervollſtändigt wurden.

Auf Verſprechen, die ihrer Natur nach (vergl. oben S. 455) einſeitig ſind, auf zweckſetzende Verſprechen alſo, bezog ſich der § 310 nicht.

Das beſtätigte auch ſeine Faſſung, die nur von „einſeitigen, nicht angenommenen" Verſprechen ſprach, ſomit Verſprechen, die ihrer Natur nach nicht darauf berechnet waren, angenommen zu werden, nicht im Auge haben konnte [1]).

---

1) Jacobi, Verſprechen und Vertrag, in dieſen Jahrbüchern, Bd. 35 S. 57 ff., hat dies ebenfalls als den Sinn des § 310 aufgefaßt, der ſich ihm aus dem Geſetze ſelbſt ergab. Wenn er dieſe ſeine Auffaſſung weiterhin auf Grund der Motive berichtigen zu müſſen geglaubt hat, ſo

Digitized by Google

Der Entwurf in der Reichstagsfassung hat den § 310 der II. Lesung in dieser Form nicht übernommen. Er ist bei ihm im § 299 aufgegangen, welcher lautet: „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft .... ist ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt."

Materiell ist durch diese neue Fassung des Rechtsgedankens gegenüber der II. Lesung nichts geändert.

Auch der § 299 steht unter der Rubrik „Schuldverhältnisse aus Verträgen". Und auch sein Wortlaut beweist, daß er ebenso, wie der frühere § 310 lediglich solchen einseitigen Versprechen die Rechtswirksamkeit absprechen will, welche ihrer Natur nach zu Bestandtheilen eines Vertrages geeignet sind. Denn wenn nach ihm „ein Vertrag zwischen den Betheiligten erforderlich" ist, damit zwischen ihnen ein „Schuldverhältniß durch Rechtsgeschäft" begründet werde — so werden damit diejenigen Fälle nicht getroffen, wo eine Obligation begründet werden soll, ohne daß es eine Mehrheit von „Betheiligten" gäbe, „zwischen" denen sie begründet werden sollte, wo also ihrer Natur nach ein Vertrag, das heißt eine Mitwirkung dessen, der aus dem Schuldverhältniß ein Recht erwerben soll, nicht angängig ist.

Somit werden wir auch für das Recht des Entwurfes, der ja prinzipiell die Möglichkeit eines rechtsgültigen einseitigen Versprechens anerkannt, die Rechtsgültigkeit der Zeichnung annehmen dürfen.

---

hat ihn hier jene Hochachtung vor den Motiven geleitet, die diese unberechtigterweise als unwiderlegliches, fast selber mit gesetzlichem Ansehen bekleidetes Auslegungsmittel des Gesetzes betrachtet.

Man kann demgegenüber nur das wiederholen, was Goldschmidt bereits früher (Bd. 24 S. 127 dieser Jahrb.) aufs nachdrücklichste betont hat: „Der Wille des Gesetzgebers ist nicht der des Gesetzes".

Digitized by Google

Zum Schlusse sei noch betont, daß es für die Gültigkeit der Entstehungsgeschäfte ohne Belang ist, ob sie unter Lebenden oder letztwillig vorgenommen worden. Verschafft das Legat seiner Natur nach das Eigenthum der vermachten Sache, so ist es den Gaben, verschafft es nur eine Forderung an den Nachlaß, so ist es den Zeichnungen analog anzusehen.

3. Seine Verwaltung.

a) Das Sammelvermögen und die Sammler.

Das Sammelvermögen hat sich ergeben als ein Vermögen ohne physisches Subjekt. Es bedarf also, wie alle derartigen Vermögen, Organe, welche mit ihrer eigenen Handlungsfähigkeit die ihm mangelnde ersetzen.

Wer als Organ des Sammelvermögens berufen ist, ergiebt sich aus dessen Entstehung.

Die Aufforderung der Sammler zu Beiträgen involvirt nach der bona fides die Erklärung, die Verwaltung der eingehenden Vermögensstücke bez. des aus ihnen gebildeten Vermögens zu übernehmen. Die Spender nehmen durch Lieferung der Beiträge an die Sammler diese Erklärung an.

Die Sammler haben also alle zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Schritte zu thun; innerhalb dieses Gebietes haben sie die gleichen Befugnisse, wie die Organe anderer sog. juristischer Personen.

Sie können also für den Fonds erwerben und Verpflichtungen eingehen. Weshalb sie das letztere im Falle einer Sammlung zu Gunsten einzelner bestimmter Individuen nicht können sollten, wie Bekker[1]) annimmt, scheint nicht recht erfindlich.

---

1) a. a. O. S. 284.

Digitized by Google

Dem kontrahirenden Dritten haftet der Sammler dafür, daß der Fonds zur Deckung der eingegangenen Verbindlichkeit ausreicht.

Ueber den Weg zur Erreichung des Zweckes entscheidet, wenn es sich um ein Komitee handelt, falls nicht ein Geschäftsführer bestellt ist, bei Streitigkeiten die Stimmenmehrheit [1]).

Handelt der bestellte Geschäftsführer zweckwidrig, so haftet er dem Fonds für allen daraus entstehenden Schaden; selbstverständlich tritt überall seine Haftung für culpa levis auch für anderen Schaden ein.

Die übrigen Sammler sind verpflichtet, etwaige Ansprüche des Fonds ihm gegenüber geltend zu machen.

Schwierigkeiten bietet der Fall, wo die Majorität einen zweckwidrigen Beschluß fassen sollte; hier muß zweifellos die Minorität zur Aufrechthaltung der Satzungsnorm berechtigt sein.

Jedoch der gerichtliche Weg ist ausgeschlossen. Denn klageberechtigt sind nicht die Personen, aus denen die Minorität besteht.

Ein Klagerecht stände vielmehr einzig und allein dem Sammelvermögen zu. Allein in dessen Namen zu klagen, ist die Minorität nicht legitimirt.

Wie der Mensch jedesmal nur einen Willen haben kann, so kann auch der juristischen Person jedesmal nur ein Wille ergänzt werden. Sind also die zu dieser Ergänzung berufenen Organe uneins, so können hier nicht die zwei sich widerstreitenden Willensäußerungen dennoch beide als Willensäußerungen der juristischen Persönlichkeit betrachtet werden. Vielmehr entscheidet in diesem Falle, wie bereits gesagt, die Majorität.

Die Minorität kann also nie legitimirt sein, die fehlende

1) Ebenso Puchta.

Handlungsfähigkeit des Zweckvermögens zu ergänzen, sie kann nie befugt sein, die Rechte desselben geltend zu machen, in seinem Namen zu klagen.

Die Hülfe muß hier auf anderem Wege gesucht werden.

Wie oben ausgeführt, hat der Staat das Schutzrecht über die Sammelvermögen. An ihn also können sich hier die in der Minorität befindlichen Sammler wenden, um sein Eingreifen herbeizuführen.

Dies Recht hat aber nicht nur die Minorität; es ist nicht abzusehen, warum nicht jeder einzelne Sammler, ja jeder einzelne Spender dasselbe Recht haben sollte. Kann doch der Staat auch von selbst auf eigenen Antrieb diese Interessen schützen.

Diesem Rechte eines jeden Spenders korrespondirt mit Nothwendigkeit ein anderes Recht: das Recht, Auskunft von den Sammlern über die Art der Verwendung des Sammelfonds verlangen zu dürfen [1]).

Besonders praktisch würde das werden in dem Falle, wo z. B. das Komitee in seiner Gesammtheit zweckwidrig handelt.

Die Art und Weise, in welcher das Eingreifen das Staates erfolgt, regelt der Entwurf — in der einzigen Bestimmung, die er über Sammlungen enthält. § 1890 der Fassung der Reichstagsvorlage schreibt vor, daß dem pflichtvergessenen Sammler die Verwaltung des Sammelvermögens entzogen und dem letzteren ein Pfleger bestellt wird.

Der Pfleger hat alsdann den Anspruch [2]) des Sammel-

1) Ebenso Puchta a. a. O. S. 479.

2) Ob dieser Anspruch begründet ist, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen.

Für das Recht des Entwurfes wird man die gleichen Voraussetzungen erfordern müssen, unter denen der Vormund seinem Mündel verantwortlich ist (vergl. § 1809 des Entw. in der Reichstagsfassung).

Digitized by Google

vermögens auf Schadenersatz wegen Pflichtverletzung gegen die Sammler geltend zu machen.

Lehnt der Staat das Eingreifen ab, so ist eine privatrechtliche Hülfe nur dann möglich, wenn, wie oben ausgeführt, die Voraussetzungen der a° furti vorliegen, also nicht, wenn die Zweckwidrigkeit zwar schon beschlossen, aber noch nicht ausgeführt ist.

In einigen Fällen stände den Interessen der Spender auch der Schutz des Strafgesetzbuches zur Seite.

Zunächst der des § 246.

Der Sammelfonds ist den Sammlern gegenüber eine fremde Sache, und zwar eine anvertraute, so daß hier das höhere Strafmaß in Betracht käme.

Sodann der des § 266.

Die Z. 1 desselben spricht zwar nur von Verwaltern von „Stiftungen", allein eine Ausdehnung des Schutzes auf stiftungsähnliche Vermögen entspricht wohl unbedenklich dem Sinne des Strafgesetzes.

Es könnte sich daher nur um die Interpretation der Worte „zum Nachtheile" handeln.

Ist eine bewußt zweckwidrige Verwendung des Sammelfonds ein absichtliches Handeln „zum Nachtheil" desselben im Sinne des § 266?

Geht man davon aus, daß das Sammelvermögen unter einer Zweckfatzung steht, daß ein jedes Sammelvermögen durch die letztere eine ganz bestimmte Individualität erhält, wodurch es sich von jedem anderen Vermögen unterscheidet, so ist die zweckwidrige Verwendung eines Theiles des Sammelvermögens ganz unzweifelhaft eine Benachtheiligung desselben.

Seine Lage, dem bestimmten Zwecke zu dienen, ist verschlechtert worden.

Was aber von dem Falle einer zweckwidrigen Ver-

Digitized by Google

wendung eines Theiles gilt, das muß ebenso auch von einer zweckwidrigen Verwendung des Ganzen gelten. Ein Unterschied des rechtlichen Vorganges in beiden Fällen ist nicht zu entdecken.

Sonach muß m. E. die oben gestellte Frage bejaht werden.

Es ist die Frage aufgeworfen worden [1]), ob die Sammler für aufgewendete Zeit und Mühe sich eine Entschädigung berechnen dürfen?

In der Regel wird sie zu verneinen sein; die Sammler haben in wohl der überwiegenden Zahl der Fälle aus Liberalität gehandelt; an eine Vergütung haben sie von vornherein nicht gedacht, so können sie dieselbe hinterher auch nicht verlangen.

Nur in Ausnahmefällen, wo wirklich der eine oder andere Sammler ein nennenswerthes Opfer, wo möglich auf Kosten seiner Berufsthätigkeit gebracht hat, wird ihm aus Billigkeit eine Vergütung gewährt werden dürfen.

Die Entscheidung liegt auch hier bei der Majorität. Ob er aber darauf klagen könnte, erscheint mir aus den angeführten Gründen sehr zweifelhaft.

Die Höhe der Entschädigung regelt sich ebenfalls nach der Billigkeit; man wird hier nicht allzu rigoros sein dürfen.

Nur wenn ein auffälliges Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung da sein sollte, wenn insbesondere die Mitglieder des Komitees sich gegenseitig, indem sie die Sammlung nur als „milchende Kuh" betrachten, „Vergütungen" zubilligen — alsdann wird ein Einschreiten in der oben erörterten Weise gerechtfertigt sein, da in diesen Fällen stets eine „zweckwidrige Verwendung" zu finden sein dürfte.

Anders liegt die Sache, wenn dem Vermögen nach dem cit. § 1890 des Entwurfes ein Pfleger bestellt ist. Er kann

1) Bekker a. a. O.

Digitized by Google

nicht nur für alle Aufwendungen, zu denen auch Berufsdienste gehören, Ersatz verlangen, sondern auch unter Umständen, namentlich also, wenn das Vermögen bedeutend ist, eine angemessene Vergütung. (§§ 1811, 1812 in Verbindung mit § 1891.)

b) Seine Beziehung zu den Destinatären.

Ein Rechtsverhältniß des Sammelvermögens zu den Destinatären — welcher Art auch immer — anzunehmen, werden wir schon durch den Umstand verhindert, daß ein Unterschied rechtlicher Natur zwischen den Sammelgeschäften der drei Zweckkategorien sich in keiner Beziehung ergab, sondern daß überall sich die Einheit in der rechtlichen Natur aller Sammelgeschäfte herausgestellt hat.

Diese Einheit an sich steht also schon rechtlichen Beziehungen zwischen Sammelfonds und Destinatären entgegen; denn wenn es keine solchen Beziehungen bei Sammelgeschäften zu allgemeinen Zwecken, also der dritten der oben aufgestellten Kategorien giebt — und das ist ja wohl selbstverständlich — so kann es auch keine bei Sammelgeschäften der beiden anderen Kategorien geben.

Bei Sammelgeschäften der zweiten Kategorie wird diese Annahme auch kaum auf Widerspruch kosten.

Da hier die Personen, für welche gesammelt ist, nicht von vornherein feststehen, so ist auch ein Erwerb ihrerseits von Rechten irgend welcher Art an dem gesammelten Vermögen ausgeschlossen.

Anders aber liegt es bei Sammlungen der ersten Kategorie. Hier ist von vornherein die Person, welcher sie zu Gute kommen sollen, gegeben; daher drängt sich die Frage von selbst auf: steht ihr nicht auch ein Recht an dem Vermögen zu, das für sie bestimmt ist?

Digitized by Google

Die Verneinung dieser Frage, die wir schon von vornherein aus prinzipiellen Gründen vertreten haben, wird durch eine nähere Prüfung noch fester begründet.

Denn was für ein Recht sollte das wohl sein?

Setzen wir zunächst den Fall, das Vermögen sei ganz durch Gaben aufgebracht.

Hat hier der Destinatär etwa ein dingliches Recht an ihnen erworben?

Nein, denn, wie oben ausgeführt, hat der Geber das Eigenthum nicht an den Destinatär übertragen wollen [1]).

Aber auch ein obligatorischer Anspruch auf Verwendung des Fonds zu seinen Gunsten steht ihm nicht zu. Wie sollte dieser auch begründet worden sein?

Das römische Recht kennt allerdings einzelne Fälle, in denen eine Person aus Rechtsgeschäften, an denen sie selbst gar nicht handelnd mitgewirkt hat, dennoch Ansprüche erwirbt.

Allein das diesen Geschäften Gemeinsame ist, daß dort überall von einem der Betheiligten Verpflichtungen übernommen werden, und daß die Parteien beabsichtigen, daß jener Dritte diese Verpflichtungen soll geltend machen können.

Davon ist in unserem Fall nicht die Rede.

Nicht nur, daß hier kein Rechtsgeschäft zwischen zwei Parteien, also kein Vertrag vorliegt — es liegt auch bei der Mehrzahl der Beiträge keine Verpflichtung, kein Anspruch vor, den eine Partei gegen sich einräumte.

Es ist eben auch hier nur eine Zweckfatzung, deren Durchführung auf keine andere Weise erzwungen werden kann, als auf die oben erörterte.

Auch der Gesichtspunkt der negotiorum gestio trifft hier

1) A. A. seiner Grundauffassung gemäß Regelsberger, Festgabe, S. 72.

Digitized by Google

nicht zu. Die Sammler führen eben nicht Geschäfte eines Individuums — abgesehen davon, daß hier das „Geschäft" im Betteln bestünde — sondern, will man das Rechtsbild beibehalten, die der Gesellschaft, der Allgemeinheit.

Daher wird auch der Sammelfonds dadurch nicht alteriert, daß der, für den gesammelt wird, die Gaben nicht annimmt.

Es ist jetzt nicht etwa die Sammlung hinfällig, weil die Ratihabition ausgeblieben wäre, so daß das Gesammelte zurückgegeben werden müßte, sondern es treten nur die gewöhnlichen Folgen der Unmöglichkeit der Zweckerfüllung bei selbständigen Zweckvermögen ein.

Das alles gilt auch für den Fall, wo das Sammelvermögen z. Th. aus Zeichnungen gebildet ist.

Hier ist nicht etwa der Destinatär Gläubiger geworden. Der Spender will ja in keine direkte Beziehung zu ihm treten. Auch an eine neg. gestio kann hier so wenig, wie oben gedacht werden.

Daher kann er auch nicht die Sammler zwingen, die Rechte des Vermögens aus der Zeichnung geltend zu machen oder sie ihm abzutreten.

Kurz, eine rechtliche Beziehung zwischen Sammelvermögen und Destinatär findet auch in den Fällen von Sammlungen der ersten Kategorie nicht statt [1]).

Die entgegengesetzte Ansicht hat Kohler [2]) in einem ganz analogen Falle vertreten, nämlich in dem, wo eine Stiftung zu Gunsten eines fest begrenzten Kreises von Personen gemacht worden ist.

Daß die Betheiligten hier ein „Interesse" daran haben, daß einer aus ihrem Kreise stiftungsgemäß zum Empfänger ernannt wird, ist unbestreitbar.

1) Ebenso das Reichsgericht, Entsch. in Civils., IX S. 207.
2) a. a. O. S. 264.

Digitized by Google

Allein wenn weiter gesagt wird, daß hier zwar „noch keine Rede von einem Rechte" ist, daß aber jenes „Interesse" „klagend geltend gemacht werden kann" — so muß ich demgegenüber bekennen, daß mir der Unterschied zwischen einem Rechte und einem durch eine Klage geschützten Interesse dunkel ist.

Wo eine Klage ist, da ist auch ein Recht — und in dieser Beziehung ist es doch wohl ohne Bedeutung, ob die Klage vor den ordentlichen oder vor den Verwaltungsgerichten — denen Kohler sie im vorliegenden Falle zuweist — anzustrengen ist.

Wenn also, wie Kohler feststellt, hier „keine Rede von einem Rechte" ist — so ist eben auch keine Rede von einer Klage. Eine rechtliche Beziehung zwischen Sammelvermögen und Destinatär findet also nicht statt.

Daraus folgt, daß der Sammelfonds vor ausgeführter Tradition nicht zum Vermögen des Destinatärs gehört, daß er also auch dem Zugriff seiner Gläubiger entrückt ist, wie er ebenfalls nicht in seine event. Konkursmasse fällt.

Daher bildet er ferner nicht einen Theil seines Nachlasses, falls er vor der Tradition stirbt.

Seine Erben, wie seine Nachlaßgläubiger haben keinen Anspruch darauf.

Inwieweit er den ersteren dennoch — event. durch Eingreifen des Staates — zuzuwenden ist, bestimmt sich nach anderen Erwägungen, die aber lediglich aus einer Willensinterpretation der Spender geschöpft werden können.

(Zusatz eines der Herausgeber.) Nicht aus Rechthaberei, sondern um für die Urtheilsbildung des juristischen Publikums das Material zu vervollständigen, gestatte ich mir zu den scharfsinnigen Ausführungen des Herrn Dr. Isay einige Bemerkungen pro domo.

Digitized by Google

1) Bei der Kritik der Auffassung, das Sammelvermögen sei zunächst Vermögen der Sammler, scheint mir das Wesen des Fiduziar-Vermögens nicht oder nicht genügend gewürdigt. Darauf lege ich aber das Gewicht, und ich bin noch immer der Meinung, daß sich daraus manche Schwierigkeiten heben, die an der bekämpften Auffassung gefunden werden.

2) Der Verfasser verwirft ein Miteigenthum unter den Sammlern, weil dieses Rechtsverhältniß immer auf selbstsüchtiger Grundlage aufgebaut sei (S. 437). Immer? Was rechtfertigt diese Annahme? Man antwortet: die Ausgestaltung der communio juris in den römischen Rechtsquellen, insbesondere die actio communi dividundo jedes Theilhabers, das einseitige Hinderungsrecht, die Vererbung des Antheils. Aber schon das römische Recht erkennt Miteigenthumsverhältnisse an, bei denen der einseitige Anspruch auf Theilung wegen der wirthschaftlichen Zweckbestimmung der Sache ausgeschlossen ist. L. 19 § 1 commun. div. 10, 3. Und eine verbreitete Praxis nimmt dies auch für das Miteigenthum an gemeinsamen Mauern, Brunnen, Einfahrt u. Ae. an (Nachweise bei Kohler, Gesammelte Abhandl., S. 176 fg.). Brinz (Pand., 2. A., § 176 Note 21) erklärt sich entschieden dagegen, die Theilbarkeit als ein „Postulat des Miteigenthumsbegriffes" anzusehen. An einer anderen Stelle (Pand., 1. A., S. 1033) sagt derselbe Jurist: „Die beliebige Theilbarkeit der res communis in Dig. 10, 3 ist Schwäche des Condominiums, nicht Kriterium des Dominiums; erschwerte Theilbarkeit oder Untheilbarkeit die höhere Potenz der Gemeinschaft, nicht Eigenthumslosigkeit der Person." Auch der Satz: melior est condicio prohibentis gilt für Miteigenthumsverhältnisse nicht schrankenlos (L. 12 comm. div. 10, 3; Seuffert, Arch., XXXIII Nr. 200). Möchte sich jedoch dies für das Miteigenthum nach römischem

Digitized by Google

Zuschnitt anders verhalten, so würde das gegen die vom Verf. bekämpfte Auffassung nichts verschlagen, denn dem Wesen des Verhältnisses entspricht besser die Rechtsform des Miteigenthums zur gesammten Hand. Andere Bedenken werden schwinden, sobald man die Natur der Fiduziarstellung genauer erwägt.

3) Dem Verfasser ist das Sammelvermögen eine juristische Person, denn darunter falle alles selbständige Vermögen, das keinen natürlichen Herrn hat. Ein solcher Begriff der juristischen Persönlichkeit ist jedenfalls sehr bequem. „Was man nicht deklinieren kann ꝛc." Ich kann den Einspruch nur wiederholen, den ich schon früher (Pand., I S. 236, 297) gegen einen solchen Begriff erhoben habe. Werfen wir bei der juristischen Person die „Person" über Bord, so gerathen wir in eine nahezu uferlose See und landen bestenfalls bei der Zweckvermögenstheorie, die sich aber m. E. in dem Ausbau durch ihren Schöpfer und geistvollsten Vertreter das Urtheil selbst gesprochen hat (meine Pand., § 76 IV). Lassen wir also die juristische Person außer Spiel und sagen wir: das Sammelvermögen ist ein subjektloses Vermögen, zusammengehalten durch den Zweck. Die liegende Erbschaft giebt dafür eine Analogie (meine Pand., § 75 Note 3, vergl. mit § 85 im Text zu Note 2). Ob sich diese Auffassung für die praktische Behandlung des Sammelvermögens mehr empfiehlt als die Annahme eines Fiduziarvermögens der Sammler, darüber sind die Akten noch nicht geschlossen. In dieser Richtung ist erst die Untersuchung noch weiter zu führen.

4) S. 450 hält mir der Verfasser entgegen, die ob rem datio erzeuge neben der condictio ob causam dati eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung. Glaubt er wirklich, daß mir dieser allgemeine Satz seinerzeit entgangen sei? Ich sagte (Streifzüge, S. 72) wörtlich: „Die Zuwendung (sc. der Gaben an die Sammler) ist ein datum ob rem und erzeugt zwar

Digitized by Google

keinen Anspruch auf Ausführung, wohl aber eine Rückforderung beim Unterbleiben der Verwendnng zu dem angegebenen Zweck." Ich sagte nicht: die Zuwendung erzeugt als datum ob rem keinen Anspruch auf Ausführung; ich meinte, diese datio ob rem habe diese Wirkung nicht. Daß aber der Erfüllungsanspruch ein unfehlbarer Begleiter des datum ob rem sei, ist schwerlich zu beweisen.

Zum Schluß sei noch der Befriedigung Ausdruck verliehen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Sammelvermögen durch Aufnahme des § 1890 unter seinen Schutz gestellt hat.

F. Regelsberger.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena. — 1556

Digitized by Google

Princeton University Library
32101 065981886